



Gabriel Placha

A Atividade Regulatória do Estado

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Curitiba, fevereiro de 2007.



Gabriel Placha

A Atividade Regulatória do Estado

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Social.

Orientador: Professor Doutor Luiz Alberto Blanchet

Curitiba
Fevereiro de 2007



Gabriel Placha

A Atividade Regulatória do Estado

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Econômico e Social pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Professor Doutor Luiz Alberto Blanchet

Orientador

Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – PUCPR

Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho

Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – PUCPR

Professora Doutora Angela Cassia Costaldello

Setor de Ciências Jurídicas – UFPR

Curitiba, 9 de fevereiro de 2007.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização do autor.

Gabriel Placha

Graduado em Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba em 2000. Kursou Especialização em Direito Tributário Contemporâneo na Faculdade de Direito de Curitiba em 2001. Foi membro da Banca Examinadora do Exame de Ordem da OAB/PR de 2003 a 2006. É o atual Coordenador Estadual do Exame de Ordem da OAB/PR. Em 2005 foi membro do SubGrupo de Pesquisa "Agencias Reguladoras e Proteção Jurídica do Consumidor", sob a Coordenação do Professor Antônio Carlos Efig (Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – PUCPR) e, em 2006, do Grupo de Pesquisa "Concessão", sob a Coordenação do Professor Luiz Alberto Blanchet (Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – PUCPR).

P697a 2007	<p>Placha, Gabriel</p> <p>A atividade regulatória do estado / Gabriel Placha ; orientador, Luiz Alberto Blanchet. – 2007. 254 f. ; 30 cm</p> <p>Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007 Inclui bibliografia</p> <p>1. Agências reguladoras de atividades privadas. 2. Direito administrativo. I. Blanchet, Luiz Alberto. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p> <p>Dóris 4. ed. – 341.3221</p>
---------------	--

Para meu Deus, que me protege, consola e
fortalece.

Para Laura, João Carlos (*in memoriam*),
Priscilla e Silvia, minha família e as
pessoas mais importantes da minha vida.

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Luiz Alberto Blanchet, que com atenção, paciência e dedicação, orientou o presente trabalho, sendo fundamental para sua realização e conclusão.

Ao Professor Doutor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*in memoriam*), por me conceder o privilégio de ouvir suas lições em inúmeras ocasiões.

Ao Doutor Fernão Justen de Oliveira, pela valiosa contribuição na pesquisa do tema.

Ao Manoel Antonio de Oliveira Franco, pelas inúmeras oportunidades.

Ao Flávio Luiz Fonseca Nunes Ribeiro, pela compreensão durante a elaboração deste trabalho.

Ao Guinoel Montenegro Cordeiro, Christiano da Rocha Küster Neto e Jaqueline Lobo da Rosa, pelo incentivo.

Ao Professor Doutor Paulo Roberto Ferreira Motta, que desde a graduação motivou o estudo do Direito Administrativo.

À Pontifícia Universidade Católica do Paraná, em especial à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito, na pessoa da Professora Doutora Jussara Maria Leal de Meirelles, pelo apoio institucional ao estudo do Direito Regulatório.

À Eva e à Isabel pelo atendimento e cordialidade.

Aos que, embora não nominados, de alguma maneira colaboraram com este trabalho.

Resumo

Placha, Gabriel. **A Atividade Regulatória do Estado**. Curitiba, 2007. 254 p. Dissertação de Mestrado em Direito Econômico e Social – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Atualmente há uma tendência pela adoção do modelo de Estado Regulador, para o desempenho das atividades de interesse público, concentrando medidas voltadas para o funcionamento de ente estatais e privados. A regulação, portanto, destina-se a realização de uma solução política para que o Estado possa cumprir com suas funções. Por isso é que o presente trabalho tem como objetivo analisar a regulação com um atividade do Estado, notadamente no que tange à natureza e o exercício desta função estatal na atualidade. Preliminarmente, será abordada a evolução do Direito Regulatório, com a análise da denominada reforma do Estado, que levou ao suprimento do modelo totalmente liberal para uma política social e de maior participação estatal, verificando-se, ainda, este contexto no cenário brasileiro. Após, verificada esta modificação no âmbito de atuação do Estado, parte-se para o enfrentamento do tema a nível constitucional, partindo-se da premissa da dignidade da pessoa humana e dos direitos e garantias fundamentais. Também será abordada a ordem econômica na Constituição, em confronto com as garantias da livre iniciativa e concorrência, o aspecto da promoção social e o contraste entre exercício de atividade econômica e prestação de serviços públicos. Na análise do Direito Regulatório, sua origem e a concepção de Estado Regulador, bem como as características do modelo e seus riscos serão objeto de análise. Especificamente quanto à atividade regulatória, a sua natureza, finalidade, limites, titularidade e suas perspectivas são os objetos de investigação. A atividade regulatória necessita de instrumentos para sua implementação, razão pela qual o seu desenvolvimento há de ser dimensionado, não somente no que tange à regulação econômica, mas também no que tange à regulação social. Por derradeiro, e considerando que no atual modelo de Estado surgem as agências reguladoras com atuação destacada de garantir a eficiência dos serviços públicos prestados em regime de concessão, adotando medidas e regulando as atividades do poder concedente, concessionários e usuários, estas entidades merecem a verificação de suas origens, natureza jurídica, estrutura, função e controle. Encerrando, uma breve análise sobre a responsabilidade do Estado enquanto ente regulador, investigando-se até que ponto e sob quais circunstâncias esta atuação pode render ensejo à responsabilização estatal.

Palavras chaves

Reforma do Estado; Estado Regulador; Regulação; Direito Regulatório; Atividade Regulatória; Agências Reguladoras.

Riassunto

Placha, Gabriel. **L'attività regolativa dello Stato**. Curitiba, 2007. 254 p.
Tesi della Laurea Specialistica in Diritto Economico e Sociale – Centro di Scienze Giuridiche e Sociale, Pontificia Università Católica del Paraná.

Oggigiorno c'è una tendenza verso l'adozione del modello dello Stato Regolatore per lo sviluppo delle attività di interesse pubblico, concentrando misure dirette al funzionamento degli enti statali e privati. La regolazione, pertanto, si destina alla realizzazione di una soluzione politica affinché lo Stato possa adempiere i suoi doveri. Per questo è che il presente lavoro ha come scopo analizzare la regolazione come un'attività dello Stato, in particolare in quanto riguarda alla natura e all'esercizio di questo dovere statale nell'attualità. In modo preliminare, sarà abordata l'evoluzione del Diritto Regolativo con l'analisi della cosiddetta riforma dello Stato che portò al supplemento del modello in tutto e per tutto liberale verso una politica sociale e di maggior partecipazione statale, analizzando anche questo contesto nello scenario brasiliano. Dopo, verificata questa modificazione nell'ambito dell'attuazione dello Stato, si va ad affrontare lo stesso tema a livello costituzionale, partendo dalla premessa della dignità della persona umana e dei diritti e garanzie fondamentali. Sarà anche abordata l'ordine economica nella Costituzione riscontro alle garanzie della libera iniziativa e concorrenza, l'aspetto della promozione sociale ed il contrasto tra l'esercizio della attività economica e la prestazione dei servizi pubblici. Nell'analisi del Diritto Regolativo, la sua origine e concezione di Stato Regolatore e anche le caratteristiche del modello e i suoi rischi saranno analizzati. Particolarmente, in riguardo all'attività regolativa, la sua natura, i suoi scopi, i suoi limiti, la sua titolarità e le sue prospettive saranno gli oggetti dell'indagine. L'attività regolativa ha bisogno di strumenti per essere eseguita, motivo per il quale il suo svolgimento deve essere dimensionato, non solo in rispetto alla regolazione economica, ma anche alla regolazione sociale. Alla fine, e considerando che nell'attuale modello di Stato sorgono le agenzie regolatrici con l'obbiettivo di assicurare l'efficienza del servizio pubblico prestato in regime di concessione, adottando misure e regolando le attività del potere concessore, dei concessionari e degli utenti, queste agenzie meritano la verifica delle sue origine, natura giuridica, struttura, funzioni e controllo. Finalmente, una breve analisi sulla responsabilità dello Stato come ente regolatore, indagandosi fino a che punto e in quale circostanze questa attuazione può ocasionare la responsabilità statale.

Parole chiavi

Riforma dello Stato; Stato Regolatore; Regolazione; Diritto Regolativo; Attività Regolativa; Agenzie Regolatrici.

Sumário

1. Introdução	17
2. Evolução da Regulação e do Direito Regulatório	22
2.1. Evolução do conceito de Estado	23
2.2. Considerações gerais sobre a Reforma do Estado	27
2.2.1. Do liberalismo ao socialismo	30
2.2.2. Intervencionismo	37
2.2.3. O Estado do Bem-Estar	39
2.2.4. A crise	40
2.3. O modelo regulador	43
2.4. Evolução no cenário nacional	45
2.4.1. A reforma do Estado brasileiro	46
2.4.2. Modelo regulador no contexto brasileiro	49
3. Regulação e Constituição	51
3.1. A Constituição da República de 1988	53
3.1.2. A premissa do princípio da dignidade da pessoa humana	54
3.1.3. Regulação e direitos fundamentais	58
3.2. Regulação e a ordem econômica e social na Constituição	60
3.2.1. Os ditames da justiça social	64
3.2.2. Defesa do consumidor e livre concorrência	65
3.2.3. Proteção do meio ambiente	67
3.3. Atuação do Estado no domínio econômico	71
3.4. Considerações finais	73
4. A regulação e o Direito Regulatório	75
4.1. Origem	75

4.1.1. O modelo anglo-saxão	77
4.1.2. O modelo dos países da Europa continental	80
4.2. O conceito de regulação	83
4.3. Breves considerações sobre o contexto regulatório brasileiro	89
4.4. Tendências atuais da regulação	91
4.5. Sobre a denominada “Teoria dos Jogos”	92
5. A Atividade Regulatória	95
5.1. Definição e natureza da atividade regulatória	96
5.2. Características da atividade regulatória	100
5.2.1. Independência, autonomia e descentralização	101
5.2.1.1. O risco regulatório	105
5.2.3. Normatividade e consensualidade	111
5.2.4. Subsidiariedade e proporcionalidade	114
5.3. Finalidades da atividade regulatória	118
5.3.1. Meios repressivos	120
5.3.2. Meios promocionais	121
5.3.3. Meios preventivos	122
5.4. Limites da atividade regulatória	123
5.4.1. Constituição	125
5.4.2. Legalidade	127
5.5. Controle	130
5.6. Competência regulatória	136
5.7. A Proposta de Emenda à Constituição nº 81, de 31 de outubro de 2003	140
6. O exercício da Atividade Regulatória	143
6.1. Instrumentos de regulação	144
6.2. Regulação econômica	146
6.2.1. Regulação dos mercados	149
6.2.2. Monopólios, externalidades e assimetria da informação	153

6.2.3. Sistema de proteção da concorrência e das relações de consumo	156
6.2.3.1. Concorrência	157
6.2.3.1.1. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE	162
6.2.3.1.2. Secretaria de Direito Econômico – SDE	163
6.2.3.2. Relações de consumo	163
6.2.3.3. Legislação	167
6.2.3.3.1. Código de Proteção e Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/1990	168
6.2.3.3.2. Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/1985	170
6.2.3.3.3. Lei dos Crimes contra a Ordem Econômica – Lei nº 8.137/1990	170
6.2.3.4. Repressão ao abuso do poder econômico	171
6.2.3.5. Planejamento econômico e regulação	173
6.2.4. Concessão de serviços públicos	174
6.2.4.1. Sobre a definição de serviço público	176
6.2.4.2. Finalidade das concessões de serviços públicos	177
6.2.4.3. O regime jurídico aplicado às concessões de serviços públicos e as implicações da concessão sobre a natureza e remuneração do serviço	178
6.2.4.4. Regulação e serviços públicos prestados em regime de concessão	180
6.2.4.5. Controle tarifário	184
6.3. Regulação social	185
6.4. A perspectiva de desregulação, auto-regulação e re-regulação	186
6.5. Nota sobre a regulação urbana	191
7. Agências Reguladoras	193
7.1. Origem das agências reguladoras	194
7.2. As agências reguladoras no Brasil	196
7.2.1. Natureza jurídica	198
7.2.2. Funções	199

7.2.3. Atuação técnica	200
7.2.4. Controle	203
7.2.5. Legitimidade democrática	205
7.3. As agências reguladoras e a defesa dos usuários/ consumidores	208
7.4. As principais agências reguladoras brasileiras	216
8. Responsabilidade do Estado pelo exercício da Atividade Regulatória	218
9. Conclusões	224
10. Referências bibliográficas	228

Abreviaturas/Siglas

A&C	-	Revista de Direito Administrativo e Constitucional
ANA	-	Agência Nacional de Águas
ANAC	-	Agência Nacional de Aviação Civil
Anacom	-	Autoridade Nacional das Comunicações (Portugal)
ANATEL	-	Agência Nacional de Telecomunicações
ANC	-	Autoridade Nacional da Concorrência (Portugal)
ANCINE	-	Agência Nacional do Cinema
ANEEL	-	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	-	Agência Nacional do Petróleo
ANS	-	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTT	-	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANTAQ	-	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANVISA	-	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APA	-	<i>Administrative Procedural Act</i> (Estados Unidos)
ARAN	-	Agencia para a Representação dos Negócios da Administração Pública (Itália)
Art., Arts.	-	Artigo, Artigos
at.	-	atualizada
ampl.	-	ampliada
aum.	-	aumentada
BACEN	-	Banco Central do Brasil
CADA	-	Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (França)
CADE	-	Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CCJ	-	Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
CDC	-	Código de Defesa do Consumidor
cf.	-	conforme
CNIL	-	<i>Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés</i> (França)
CNCL	-	Comissão Nacional das Comunicações e das Liberdades (França)
CMVM	-	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (Portugal)
COB	-	Comissão de Operações na Bolsa (França)
CONAR	-	Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária
Coord.	-	Coordenador
CVM	-	Comissão de Valores Mobiliários
CR, CF	-	Constituição da República Federativa do Brasil
CRE	-	<i>Commission de Régulation de l'Electricité</i> (França)
DAC	-	Departamento de Aviação Civil
DF	-	Distrito Federal
Dir.	-	Diretor
ERSE	-	Entidade Reguladoras dos Serviços Energéticos (Portugal)
ed.	-	edição
FAO	-	Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação
GATT	-	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i>
ICC	-	<i>Interstate Commerce Commission</i> (Estados Unidos)
IP	-	Interesse Público (periódico)
imp.	-	impressão

IRAR	-	Instituto Regulador de Águas e Resíduos (Portugal)
ISP	-	Instituto dos Seguros de Portugal
n., nº	-	número
OMC	-	Organização Mundial do Comércio
OMS	-	Organização Mundial da Saúde
Op. cit.	-	<i>Opus citatus</i> (obra citada)
Org./Orgs.	-	Organizador/Organizadores
p.	-	página
PND	-	Plano Nacional de Desestatização
RDA	-	Revista de Direito Administrativo
RDPE	-	Revista de Direito Público da Economia
reimp.	-	reimpressão
ref.	-	refundida
rev.	-	revista
RT	-	Revista dos Tribunais
SDE	-	Secretária de Direito Económico
STF	-	Supremo Tribunal Federal
STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
tir.	-	tiragem
UE	-	União Europeia
v.g.	-	<i>Verba Gratia</i>
vol., vols.	-	volume, volumes
§	-	parágrafo

“A Pátria não é de ninguém: são todos; cada qual tem no seio dela o mesmo direito à idéia, à palavra, à associação. A pátria não é um sistema nem uma seita, nem um monopólio, nem uma forma de governo: o céu, o solo, o povo, a tradição, a consciência, o lar, o berço dos filhos e o túmulo dos antepassados, a comunhão da lei, da língua e da liberdade. Os que a servem são os que não invejam, os que não infamam, os que não conspiram, os que não sublevam, os que não desalentam, os que não emudecem, os que não se acovardam, mas resistem, mas ensinam, mas esforçam-se, mas participam, mas discutem, mas praticam admiração e o entusiasmo, porque todos os sentimentos grandes são benignos e residem originariamente no amor.”

Rui Barbosa

1.

INTRODUÇÃO

O Direito possui como característica regular e disciplinar relações formais e materiais, sobretudo para estabelecer direitos e deveres e, em alguns casos, impor a solução de conflitos ou promover sua conciliação. O Direito é, assim, uma condição de existência do próprio Estado, como uma ordem impositiva para os fenômenos oriundos da atuação humana. E se o Direito decorrer das aspirações legítimas da sociedade, seus fundamentos representam uma das faces da democracia.

Mas as relações sociais são dinâmicas e seu poder de inovação exige uma mudança de paradigma do Direito, visando o bem-estar da coletividade. Há a necessidade de criar um ambiente de estabilidade e certeza jurídica, com o aproveitamento do modelo de eficiência do setor privado, naquilo que for possível, para gerar benefícios públicos.

O Direito deve buscar o equilíbrio capaz de permitir a interação entre as atividades empreendedoras e o bem-estar social, mas sem olvidar de critérios legítimos e democráticos. A busca deste cenário tem sido a tônica atual e não possui uma lógica de fácil visualização, pois é uma demanda que encontra resistências e riscos, tornando esta transição em um processo complexo, embora necessário, pois não envolve apenas uma mudança jurídica, mas também mudanças institucionais nas relações de poder e na própria sociedade.

Este movimento de modificação deve estar legitimado, afastando-se do autoritarismo, sujeito ao controle específico, jurídico e democrático. É por isso que não se trata de uma transformação meramente transitória e comum, por envolver reformas estruturais do Estado e por exercer uma pressão crescente sobre o Direito.

Por isso que a reflexão sobre a atividade regulatória do Estado é ao mesmo tempo inovadora e desafiadora, vez que exige conhecimento interdisciplinar e isento de ideologias, capaz de transpor os pré-conceitos decorrentes de modelos polarizados, para o fim de conciliar ordem, liberdade e segurança.

Ainda que a regulação seja função decorrente da natureza do Direito, com o objetivo disciplinar comportamentos humanos, a noção de atividade regulatória do Estado é contemporânea, decorrente das transformações sociais e das modificações das atividades estatais. O fracasso de modelos anteriores alterou significativamente a forma de atuação das entidades públicas, acentuadas pela dinâmica das mutações econômicas e sociais, o que ressaltou a importância da função normativa do Estado, em especial quanto à atividade regulatória.

A atividade regulatória do Estado consiste em uma atuação distinta das funções estatais tradicionais – legislativa, jurisdicional e executiva –, sendo um modelo institucional de gestão pública setorial, inspirado no modelo norte-americano e que, somente a partir dos anos 80, passou a ser adotado na Europa continental e na América Latina. O avanço do Direito Administrativo na América Latina já era aspecto relevante para a adoção do modelo regulatório, que encontrou e ainda encontra resistências de natureza político-econômicas para sua adequada e legítima implementação.

Ocorre que, ao contrário dos Estados Unidos da América, onde prevalece a perspectiva liberal, a Europa e a América Latina passaram por períodos de políticas estatizantes, distúrbios sociais e instabilidade econômica, cenário que era desfavorável para a adoção da atividade regulatória. A mudança desta perspectiva, aliada a necessidade de estabelecer relações mais estreitas com a América do Norte, levou a América Latina e a Europa a adotar um modelo de atuação estatal semelhante.

A tendência em adotar a regulação com uma nova forma de atuação do Estado, está baseada no equilíbrio entre livre iniciativa e justiça social. É uma noção inovadora na forma de atuação do Estado como ente ordenador das relações sociais e econômicas, promovendo suas funções públicas com a colaboração de entidades privadas. Não é mais tarefa exclusiva do Poder Público buscar, atingir e manter níveis aceitáveis de desenvolvimento, pois após reformas estruturais, o Estado passou a diminuir o alcance de sua atuação, continuando a exercer suas

funções essenciais, bem como regular as atividades públicas e privadas voltadas para alcançar tal objetivo.

O Estado Regulador adota uma forma de governo progressivo, em que a função estatal está voltada para a fiscalização, incentivo, planejamento e fomento de determinados setores considerados estratégicos e de interesse público, regulando a atuação dos agentes envolvidos nestas atividades.

Mas são as deficiências próprias e determinadas conseqüências verificadas no exercício de algumas atividades, justificam a atuação regulatória do Estado, que deve garantir, no âmbito de suas competências, equidade entre os empreendedores e coletividade, visando o bem estar social e desenvolvimento geral. Por isso é que a atividade regulatória do Estado incide sobre diversas áreas e setores, mas sempre voltada para promover valores fundamentais.

Embora a regulação tenha contornos próprios em cada Estado que adota este modelo de atuação, percebe-se que sua aplicação ocorre de maneira semelhante nos diversos ordenamentos jurídicos, com restrições e interferências nas atividades reguladas, sendo estabelecida a disciplina e controle contínuo do setor.

A regulação é uma atuação estatal dinâmica que se caracteriza por ser distinta da atividade regulada, com a imposição de limitações ao seu exercício, decorrentes da adoção de políticas públicas de interesse coletivo, visando comportamentos desejados dos sujeitos atingidos pelo processo. São técnicas de controle continuado e específico, sobre determinadas atividades de relevante interesse público, sem que isto signifique em tolher a liberdade empreendedora, como se verifica com o dirigismo estatal, até mesmo porque isto implicaria em suprimir a própria eficiência desejada pela regulação.

A regulação tem uma amplitude que vai além do aspecto de controlar e fiscalizar as atividades sujeitas a esta atuação estatal. A regulação possui caráter preventivo, com o fim de evitar abusos que eventualmente possam ocorrer em determinado setor regulado. Isto ressalta a natureza perene da regulação, que adota critérios técnicos e apolíticos, despidos, em tese, de pretensões partidárias transitórias.

Entretanto, nas democracias representativas, em que por vezes interesses localizados podem interferir nas decisões, os instrumentos de regulação podem

apresentar falhas e riscos, o que comprometeria o mecanismo. Por isso é que a atividade regulatória do Estado deve estar pautada em critérios universais para atingir interesses públicos legítimos, com atuação independente e autônoma, mas preservando e garantindo liberdades individuais.

É um processo complexo na busca de vários objetivos que devem ser conciliados. Mas isto envolve fatores que estão em constante evolução, ainda mais considerando o aprimoramento do conhecimento humano e as constantemente inovações tecnológicas que surgem para o desenvolvimento de novas atividades, exigindo que a regulação seja uma atividade técnica capaz de acompanhar este avanço.

A atividade regulatória não representa apenas um mero reflexo de circunstâncias políticas de determinado momento histórico, mas representa uma característica própria da evolução do Estado e sua concepção atual. Pelo modelo regulador, o Estado continua a exercer suas funções exclusivas. Por outro lado, reduz consideravelmente sua participação nos setores em que é possível a colaboração dos particulares, setores estes que ficam sujeitos ao controle estatal específico. É o aproveitamento dos aspectos vantajosos das atividades desenvolvidas pela iniciativa privada para atender o interesse público.

Assim, o modelo regulador implica em uma redução da atuação estatal direta, sem que isto signifique na abstenção total do Estado ou na sua interferência excessiva. Há de haver equilíbrio para o sucesso deste modelo de Estado, garantindo-se liberdades individuais, mas com a promoção de valores sociais.

Aliás, esta mudança não implica em suprimir direitos fundamentais. O que ocorrer é apenas uma mudança no modo da atuação estatal para a realização destes valores, pois o Estado, que até então tinha participação direta, passa agora a exercer uma função regulatória, mas com finalidades semelhantes.

A busca pela realização dos direitos fundamentais continua independentemente da mudança na atuação e perspectiva do Estado, sendo que a realização destes valores agora tem a colaboração dos particulares. O afastamento do Estado somente significa uma alteração instrumental, pois ainda que não exerça diretamente algumas atividades, continuará a orientar a forma de atuação dos sujeitos atingidos pela atividade regulatória.

Esta é uma mudança que, embora complexa e muitas vezes lenta, não é transitória. Contudo, toda e qualquer modificação no âmbito de atuação do Estado deve, necessariamente, ser compatível com os direitos e garantias fundamentais, pois, do contrário, a transformação seria desprovida de legitimidade capaz de justificar o modelo regulador.

O poder estatal sobre os indivíduos é limitado pelos direitos e garantias fundamentais, sendo que toda e qualquer atividade administrativa está sujeita aos controles próprios para a observância destes parâmetros.

Portanto, a atividade regulatória do Estado deve possuir legitimidade para que funcione em prol de toda a sociedade, reiterando a responsabilidade de promover direitos e garantias fundamentais, pois o modelo em questão exige esforço conjunto do poder público e da iniciativa privada para esta finalidade, o que demonstra a necessidade de abordar a regulação como instituto jurídico.

2. EVOLUÇÃO DA REGULAÇÃO E DO DIREITO REGULATÓRIO

O liberalismo, que predominou como forma de atuação estatal durante vários séculos, exercia influência na maneira pela qual o Estado exercia suas funções, que era de tutelar de maneira repressiva, através da imposição de sanções, a liberdade e a propriedade. Com o surgimento da noção de Estado do Bem-Estar, houve uma ampliação na atuação estatal, aliando a adoção de medidas de promoção social ao caráter repressivo da concepção liberal¹. Ao invés de apenas reprimir condutas, o Estado passou a fomentar comportamentos tidos como desejáveis.

O Direito Regulatório é orientado pelo novo enfoque da atuação estatal, como instrumento de transformação da realidade social para a promoção de valores fundamentais. O enfoque meramente repressivo passou a agregar outras concepções necessárias, não só para a manutenção, como para o avanço e desenvolvimento das condições sócio-econômicas da coletividade.

Esta mudança da atuação estatal acabou por ocasionar inúmeros benefícios para a sociedade, através de avanços significativos em termos de qualidade de vida, ainda que muitos indivíduos ainda estejam excluídos do processo e sem ter suas necessidades básicas atendidas. Houve uma evolução em termos coletivos, o que aumentou a expectativa de vida das pessoas e aumento populacional, dado este que acabou por inviabilizar o Estado do Bem-Estar no aspecto financeiro².

A consequência foi a diminuição da máquina estatal e a redução das medidas interventivas, sendo que a atuação do Estado passou a ocorrer de maneira

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito Regulatório*, p. 350/351.

² Marçal JUSTEN FILHO denomina este fenômeno como sendo a *crise fiscal* do Estado do Bem-Estar, para indicar a elevação do custo público com os encargos decorrentes dos projetos promocionais, o que acabou por ocasionar um passivo estatal que, por sua vez, comprometeu até mesmo a prestação de serviços públicos tidos como essenciais (*Direito Regulatório*, p. 354).

a regular os comportamentos através de sua competência normativa para o fim de evitar abusos. A intervenção direta é substituída pela atividade regulatória do Estado.

Portanto, durante um longo período, o Estado sofreu uma verdadeira reestruturação institucional³, passando por muitos momentos distintos até incorporar em suas funções a atividade regulatória, caracterizando-se por ser “(...) *uma função intervencionista estatal orientada a promover o desenvolvimento econômico e social*”⁴.

2.1. Evolução do conceito de Estado

O Direito tem a capacidade de estar em constante renovação⁵, produzindo novas formas de validar inovações jurídicas que possam influir na autodeterminação individual, através da subordinação às normas. A verificação entre a autonomia individual face o poder constituído, decorre da forma do próprio Estado, identificado pela ordem jurídica vigente em determinado momento histórico⁶.

Por isso é que definir o Estado exige avaliar conceitos comuns que surgem das necessidades práticas decorrentes de aspectos sociais, políticos, econômicos e

³ Este fenômeno é conhecido com a *Reforma do Estado* (ver item 2.2. deste Capítulo). Marcos Juruena Villela SOUTO denomina como sendo a “*Reengenharia do Estado*” (*Direito Administrativo Regulatório*, p. 1).

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal, *Direito Regulatório*, p. 352.

⁵ Hans KELSEN ensina que se trata da “(...) *teoria dinâmica do Direito, por contraposição a uma teoria estática do Direito que procura conceber este apenas como ordem já criada, a sua validade, o seu domínio de validade, etc., sem ter em conta a sua criação.*” (*Teoria Pura do Direito*, p. 377).

⁶ “*Para ser um Estado, a ordem jurídica necessita de ter o carácter de uma organização no sentido estrito da palavra, quer dizer, tem de instituir órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para criação e aplicação das normas que a formam; tem de apresentar um certo grau de centralização. O Estado é uma ordem jurídica relativamente centralizada.*” (cf. Hans KELSEN, op. cit., p. 385).

culturais, mas que variam conforme o local e o tempo, sendo que diversas definições surgem de acordo com as posições ideológicas vigentes⁷.

A realidade humana também influencia na definição e surgimento do Estado, como sendo o órgão máximo que uma estrutura estabelecida para suprir e satisfazer as necessidades da sociedade⁸. O Estado, então, seria uma sociedade natural, concebido como uma conseqüência do meio social, para atender o bem comum⁹.

De qualquer maneira, o Estado é representado por uma estrutura juridicamente organizada e ordenada¹⁰, sendo a administração pública o instrumento para o desenvolvimento de suas funções, através do poder jurídico que exerce sobre a sociedade.

A evolução da definição do Estado marca a evolução das suas próprias finalidades¹¹, ainda que lenta. Por isso é que existem variações significativas nas concepções sobre o Estado, seja na sua significação jurídica ou sociológica, e até mesmo no que se refere às suas funções exclusivas.

Ocorre que, em decorrência da polarização de modelos, que acabou sendo superada no final do século passado, ocorreu uma sensível transformação em termos sociais, políticos, econômicos e jurídicos, passando-se do modelo de Estado do Bem-estar Social para o modelo de Estado Democrático de Direito¹².

⁷ Para o socialismo científico, o Estado é a organização de poder político da sociedade dividida em classes. Para LENIN, o Estado é uma máquina para manter a dominação de uma classe sobre a outra e que o Estado burguês teria como missão principal a repressão dos adversários de classe para fortalecer o domínio econômico e político da minoria exploradora, a proteção da propriedade privada e o estado de coisas baseado na exploração e na aplicação da política exterior em benefício das classes exploradoras. Isto explicaria a revolução socialista, substituindo o Estado explorador pelo Estado Socialista, que surge como organização política de domínio da classe operária sobre a minoria exploradora. Para IHERING, o Estado é a organização da coação social. HEGEL afirma que o Estado é a realidade da liberdade concreta. O Estado, segundo KANT, é a regra convertida em potência da coexistência da liberdade de cada um com a liberdade de todos. (cf. Gustavo BACACORZO, *Derecho Administrativo Del Peru*, p. 2/4).

⁸ BARRA, Rodolfo Carlos. *Principios de derecho administrativo*, p. 27/31.

⁹ *Ibid.*, p. 38/39.

¹⁰ “O Estado é uma sociedade juridicamente ou legalmente organizada, quer dizer, ordenada e organizada no direito. Responde ao princípio universal da solidariedade e da associação. Tem por objetivo satisfazer o fim humano do homem, e requer para isso o concurso da força e da distribuição das competências, segundo a atitude de cada um, e elimina a diferença entre os indivíduos, buscando, assim, o bem comum, contra a força externa e mantém a ordem interna” (cf. José CANASI, *Derecho Administrativo*, vol. I, p. 1).

¹¹ CANASI, José, *op. cit.*, p. 7/8.

¹² Agustín GORDILLO afirma que desde o final do século passado, principalmente na década de 80, foram constituídos os princípios de Direito Público recebidos com uma expressão majoritária e

Quando da formação dos primeiros Estados primitivos na Europa, o exercício da autoridade jurídica e administrativa estava ligado ao poder dos monarcas, que exerciam muito mais funções políticas em favor de seus próprios interesses, ao invés de estabelecer a ordem baseada em relações legítimas. A ruptura com este contexto ocorreu com a formação dos Estados modernos, em que uma nova proposta de poder político emerge das aspirações burguesas, identificadas pela liberdade comercial e desvinculação com o poder público¹³.

A ordem jurídica, que era baseada no Direito Canônico, vai aos poucos adotando a dogmática positivista baseada em uma autoridade de poder, que enfraqueceu o feudalismo, originando os primeiros Estados modernos, já influenciados por fatores sociais e econômicos e pelas idéias políticas dos pensadores dos séculos XVII e XVIII¹⁴.

Desde o surgimento dos primeiros Estados modernos, a definição de Estado desenvolveu-se na medida em que o próprio homem e a sociedade evoluíram¹⁵, em um movimento de constante aperfeiçoamento. Mas embora a definição do conceito de Estado esteja em evolução, ainda assim há a influência de critérios políticos, sociais, econômicos e institucionais.

O Estado, que na sua gênese tinha apenas a função específica de tutelar determinada categoria de direitos por influência da burguesia, e de maneira repressiva, atualmente tem sua atuação voltada para setores que necessitam de atenção específica. É o Estado contemporâneo que funciona para reduzir as desigualdades sócio-econômicas¹⁶ em parceria e com a colaboração dos particulares. Trata-se de uma verdadeira renovação do Estado.

São novas propostas e novas metas a serem atingidas pelo Estado, momento em que há a necessidade de definir e implementar um modelo capaz de alcançar os objetivos vislumbrados, para que não sejam meras abstrações de uma aspiração momentânea. Há de se harmonizar interesses comuns e coletivos, sejam públicos

pacífica da concepção política, social e jurídica do Estado. O Estado Liberal passou a ser substituído pelo novo Estado Social de Direito, o Estado do Bem-Estar (*Después de la Reforma del Estado*, p. I-4).

¹³ SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares e a Boa-fé Objetiva*, p. 39/40.

¹⁴ *Ibid.*, p. 42.

¹⁵ RODRIGUES CAL, Arianne Brito. *As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro*, p. 33.

¹⁶ MEDAUER, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, p. 28/29.

ou particulares, para atingir valores fundamentais¹⁷ e a dignidade da pessoa humana¹⁸. A “(...) *causa fim que explica a ratio essendi do Estado é o bem comum que impera como causa orientadora da existência estatal*”¹⁹.

O Estado passa a atuar como instrumento de integração social e econômica, buscando realizações concretas decorrentes das demandas coletivas²⁰. Contudo, decorre deste processo a multiplicação de vontades políticas, que exige a cooperação mútua entre entidades públicas e privadas, para que o Estado possa atingir suas finalidades sem entrar em colapso por não ter a capacidade de exercer suas funções de maneira satisfatória.

Esta crise²¹, que exige um aperfeiçoamento constante dos modelos já existentes, impondo o desafio de inovar para buscar a essência do Estado, que mesmo não sendo perfeito, pode evoluir para consolidar as formas de organização política de acordo com as novas realidades e transformações sociais.

A definição de Estado há de estar em constante aprimoramento, mas deve prevalecer a função de produzir benefícios coletivos de justiça e equidade²². Ao invés de dividir-se em pólos, o Estado deve buscar o equilíbrio institucional e associar interesses, assumindo uma tarefa de coordenação, e não de domínio²³.

¹⁷ Carlos MENEM e Roberto DROMI entendem que, pelos flagelos da humanidade, a busca dos Estados modernos deve coincidir para três valores fundamentais: *solidariedade, integração e participação* (*El Estado Hoy*, p. 18/19).

¹⁸ Para Marília de Ávila e Silva SAMPAIO, o princípio da dignidade da pessoa humana “(...) *atua a um só tempo como limite e tarefa do Estado*”. Limite, na medida em que impõe ao Estado o dever de respeitar o princípio. E tarefa, porque cabe ao Estado garantir o princípio como forma de atender as necessidades elementares do indivíduo (op. cit., p. 65).

¹⁹ MENEM, Carlos; DROMI, Roberto, op. cit., p. 51.

²⁰ Cabível aqui fazer referência ao comentário de Fábio Konder COMPARATO sobre o princípio republicano: “O princípio republicano exige, porém, que se vá mais além da fixação do regime jurídico de propriedade, posse, uso e fruição dos bens, materiais ou imateriais. Ele impõe, também, seja regulada, sempre em função do proveito coletivo, a prestação daqueles serviços destinados a satisfazer as necessidades fundamentais de todos, tais como a manutenção da ordem e a proteção da segurança pessoal, educação e a saúde, a moradia e a urbanização, o abastecimento de água e o equipamento sanitário, o fornecimento de eletricidade, o transporte coletivo, a previdência social contra os riscos mais graves e comuns que afetam a vida coletiva. Em suma, o conjunto dos serviços públicos que correspondem, basicamente, aos direitos humanos de caráter econômico e social” (*Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno*, p. 633/634).

²¹ Norberto BOBBIO entende que a “[c]rise do Estado quer portanto dizer, de uma parte e de outra, crise de um determinado tipo de Estado, não o fim do Estado.” (*Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da política*, p. 126).

²² MENEM, Carlos; DROMI, Roberto, op. cit., p. 171 e 175.

²³ BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 130/131.

Assim, o Estado assume um novo papel no processo sócio-econômico²⁴, sendo que a nova ordem é de desenvolvimento econômico e promoção de justiça social, com estabilidade jurídica e política capaz de conciliar os interesses públicos e privados.

A (re)definição do Estado é renovada pela alternativa de atuação estatal legítima voltada para o consenso, aprimorando a governabilidade voltada para a eficiência, legalidade e ordem²⁵, com a intensificação da atividade regulatória. A regulação é uma realidade, embora seja um instituto ainda em construção, mas que já anuncia o novo modelo de Estado decorrente das reformas, iniciando uma etapa baseada no consenso, na subsidiariedade e na participação²⁶.

2.2.

Considerações gerais sobre a Reforma do Estado

Por influência do individualismo filosófico e político corrente no século XVIII e pela Revolução Francesa, surgiu o Estado Liberal, que vigorou até o século XIX, apoiado na idéia de que não deveria haver intervenção estatal direta.

Era o liberalismo dos fisiocratas e de Adam Smith, que importava no afastamento do Estado no âmbito sócio-econômico.

No Estado Liberal, a função estatal estava limitada à atuação nas atividades relacionadas à segurança, saúde, soberania, justiça e diplomacia. Era a noção de Estado mínimo ou neutro quanto aos aspectos sociais e econômicos, atividades das quais não havia intervenção ou regulação estatal.

Assim, o Estado não adotava medidas de promoção social e não exercia atividades econômicas, sendo que estas eram livremente desempenhadas pelos particulares, segundo o qual o mercado era totalmente regulado pela liberdade de

²⁴ “No começo da década de 80, os organismos mundiais, em uma troca de orientação, anteciparam o novo papel do Estado no processo econômico e social” (cf. Agustín GORDILLO, op. cit., p. I-15).

²⁵ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do Direito Público*, p. 59.

²⁶ *Ibid.*, p. 423.

iniciativa plena e sem intervencionismo estatal. Eram as leis do mercado que regiam o exercício das atividades econômicas, sem ingerência do Estado.

No final do século XIX, o Estado passa a assumir uma posição mais ativa sobre a ordem sócio-econômica. Ainda que no período do liberalismo tenha sido experimentado um expressivo desenvolvimento tecnológico e econômico, a idéia de Estado mínimo não obteve avanços sociais, o que levou a adoção de medidas intervencionistas.

A partir deste momento, o Estado passa a exercer atividades econômicas de uma maneira geral, tanto em relação à prestação de serviços públicos, como passando a intervir em determinados setores, chegando até mesmo a monopolizar algumas atividades consideradas estratégicas, e que até então eram típicas da iniciativa privada.

Isto não significou que o Estado intervencionista pretendia limitar os direitos individuais, mas sim assegurar os direitos sociais que decorrem dos direitos individuais²⁷.

Contrariamente ao liberalismo, surge no século XIX o manifesto comunista de Karl Marx, sendo que alguns ideais foram materializados com a Revolução Russa. Tem origem, então, o Estado Social, que tem caráter intervencionista sobre o domínio econômico para a promoção de políticas sociais. Assim, a livre iniciativa, sem ser suprimida, teve que se adequar aos ditames da justiça social²⁸.

Na seqüência, o que se verificou foi o engrandecimento da máquina estatal para a prestação de serviços públicos, na expectativa de atender aos interesses sociais e coletivos, surgindo a concepção do Estado do Bem-Estar, e que neste aspecto tinha vocação assistencial²⁹.

Sobre o caráter intervencionista, o Estado passou a legislar limitando o poder econômico, promoveu políticas de planejamento, concedeu benefícios a determinados setores, e até mesmo passou a exercer diretamente atividades econômicas, tudo isso sendo a principal característica do Estado Social em contra

²⁷ BARROSO, Luiz Roberto. *Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, p. 189.

²⁸ PINHEIRO DE ALBUQUERQUE, Iara Maria. *Responsabilidade do Estado Interventor*, p. 268.

²⁹ *Ibid.*, p. 271.

senso ao liberalismo, em que o público e o privado eram antagônicos e independentes.

Com o surgimento do Estado Social, persistiu esta diferença entre público e privado – no aspecto econômico –, mas não mais de maneira independente, passado a haver uma relação entre ambos, principalmente da ingerência do poder estatal sobre a iniciativa privada. Ainda assim, o setor privado continuou sendo o principal agente impulsionador da economia, mas que passou a ser condicionado pelas políticas do Estado na busca da promoção social, o que caracteriza o intervencionismo, pois o Poder Público começa a atuar em área estranha àquela para o qual foi concebido.

Ainda que suprimido o liberalismo em sua forma clássica, a atividade econômica ainda tem na esfera privada o seu principal propulsor. É vedada, portanto, qualquer tentativa do Estado de atuar de forma aleatória e que signifique afastar a livre iniciativa e a concorrência, salvo nos casos em que a lei autorizar e exigir postura diversa do Poder Público, como é o caso da proteção dos usuários de serviços públicos concedidos³⁰.

Esses dois extremos – liberalismo e socialismo – não se caracterizam de maneira plena, pois ainda que a idéia de liberalismo seja o que impulsiona o atual modelo capitalista de mercado, gradativamente são adotadas políticas de promoção social pelos Estados atuais. Desta forma, embora pela concepção liberal tenha ocorrido uma verdadeira explosão da atividade produtiva e tecnológica, movimento regido pelas leis do mercado, ainda assim é necessária a adoção de políticas sociais por parte do Estado.

A Reforma do Estado deve ser despida de ideologias políticas e voluntaristas, decorrentes de governos oportunistas. Deve ser uma transformação informada pelas necessidades reais e concretas da sociedade, com a atividade estatal voltada para o controle e estímulo da iniciativa privada. Isto não significa que o Estado deve ser abster de suas funções essenciais, mas deve ser subsidiário³¹.

³⁰ GORDILLO, Agustín, op. cit., p. I-26.

³¹ CASSAGNE, Juan Carlos. *La huelga em los servicios esenciales*, p. 22/23.

A Reforma do Estado, com suas características próprias, abrange a atividade regulatória como uma solução de equilíbrio entre autoridade e liberdade³² e que “(...) traz, inequivocamente, uma profusão de normas substantivas, as quais servirão para normatizar as diferentes realidades atingidas pela ação estatal”³³.

Essa transição envolve uma reflexão sobre as circunstâncias da reforma do Estado, temática ligada aos fenômenos históricos que envolvem bases conceituais da forma de atuação estatal, e não a simples terminologia atribuída aos modelos.

2.2.1. Do liberalismo ao socialismo

No período do liberalismo, a função estatal limitava-se a proteger a propriedade e a liberdade individual³⁴, em que o Estado era pluralista e assumia uma postura de neutralidade em relação aos demais interesses da sociedade³⁵. É porque o Estado Liberal prioriza a eficiência e o livre mercado como fundamentos, não havendo atuação estatal específica para questões sociais³⁶.

Supostamente, o mercado seria meio suficiente para atingir os objetivos comuns da coletividade, sem a necessidade da atuação estatal.

Sobre o liberalismo, oportuno colacionar o entendimento de Friedrich August HAYEK:

“O conceito central do liberalismo é o de que sob a aplicação de regras universais de conduta justa, protegendo um reconhecível domínio privado dos indivíduos, formar-se-á uma ordem espontânea das atividades humana de muito maior complexidade do que jamais se poderia produzir mediante arranjos deliberados, e

³² BRITO, Mariano R.; DELPIAZZO, Carlos E. *Derecho Administrativo de la Regulación Económica*, p. 33 e 72.

³³ ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*, p. 36.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade*, p. 38.

³⁵ ALMEIDA, Guilherme Henrique La Rocque. *O Estado Contemporâneo Brasileiro*, p. 115.

³⁶ Bertrand RUSSEL já alertava sobre o declínio da política liberal tradicional, razão pela qual o Estado passou a ser influenciado pelo socialismo na busca de uma adequação das funções estatais para equilibrar a propriedade privada e interesses coletivos (*Principios de Reconstrucción Social*, p. 9 e 47/48).

que em consequência as atividades coercitivas do governo deveriam limitar-se à aplicação dessas regras, quaisquer que sejam os demais serviços que simultaneamente o governo possa prestar na administração dos recursos específicos que forem colocados à sua disposição para esses fins.”³⁷

Para os liberais, qualquer restrição ao livre mercado, através de medidas estatais, comprometeria os princípios básicos do liberalismo. Entretanto, não significa que o liberalismo seja um modelo totalmente despido da autoridade estatal e voltado apenas para o desenvolvimento econômico, até mesmo porque isto significaria o fracasso do próprio modelo.

O Estado Liberal assume uma postura neutra em relação ao mercado, o que significa que a atuação estatal está voltada para tutelar a sociedade, com a missão de garantir a liberdade e a igualdade individual e a propriedade³⁸. Isto significa que a doutrina liberal, quanto ao aspecto constitucional, tem nítida preocupação com a segurança jurídica, protegendo o mercado de intervenções estatais, com vistas ao desenvolvimento individual e econômico, baseado na livre concorrência³⁹.

Embora existam entendimentos de que o modelo liberal fracassou pela exagerada proteção individual, e que ocasionou o surgimento de classes menos favorecidas e o avanço a injustiça social⁴⁰, é necessário destacar que os liberais entendiam que, em matéria de política econômica, haveria a necessidade de reduzir as desigualdades na distribuição de renda, através de programas de assistência social e outras formas⁴¹. Por isso é que pode, mesmo no Estado Liberal, haver justiça social⁴², pois o modelo comporta esta situação. Se tais medidas foram ou não adotadas, trata-se de outra questão.

³⁷ *Os princípios de uma ordem social liberal*, p. 49.

³⁸ MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática*, p. 122.

³⁹ SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva, op. cit., p. 44/45.

⁴⁰ RODRIGUES CAL, Arianne Brito, op. cit., p. 20.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Liberalismo, Constitución y Democracia*, p. 17. Segundo o autor, os liberais ainda defendem que o Estado deve promover a estabilidade econômica, controlar a inflação, reduzir o desemprego, aumentando a produção e os salários, bem como defendem a igualdade racial e combatem qualquer tipo de discriminação. Por isso e por outros fatores, é que o autor ainda faz um comparativo entre os liberais e os conservadores.

⁴² Ana Paula Costa BARBOSA cita a obra *La Justicia Social en el Estado Liberal* de Bruce ACKERMAN (*A Legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais*, p. 61).

Portanto, o declínio do Estado Liberal, tal como concebido e com uma postura de neutralidade frente à economia, não decorreu do modelo ou do pensamento liberal, mas sim pela utilização do liberalismo em benefício e para o favorecimento de determinadas classes sociais⁴³ e ⁴⁴, o que ocasionou o surgimento de um movimento contrário.

Verifica-se o nascimento do socialismo⁴⁵, decorrente do surgimento de movimentos proletários⁴⁶ e que tinha por objetivo combater o *laissez-faire* liberal da livre concorrência e competição econômica, cuja crença estava voltada para atender os excluídos pelo liberalismo⁴⁷, através de alguma espécie de ação coletiva para melhor a condição das classes menos favorecidas⁴⁸.

Para os socialistas, o sistema concedia privilégios apenas a um grupo limitado, o que impedia aos demais a possibilidade de reivindicar suas aspirações, além da competição econômica afastar hábito de cooperação⁴⁹ para alcançar objetivos comuns a toda sociedade. O socialismo combatia qualquer forma exploração por parte das classes que dominavam a produção em detrimento da

⁴³ Sobre o liberalismo, sobre sua essência e problemática, é interessante destacar as idéias de Ana Paula Costa BARBOSA, quando se refere ao comunitarismo: “*Por tudo isso, ele [comunitarismo] é um tipo de liberalismo que resgatou as suas fontes primárias – o homem inserido em uma sociedade mais ampla e, por conseguinte, mais complexa porque decorrente de um aglomerado de outras associações menores – e que é mais aperfeiçoado em virtude do fato de ter justamente voltado às suas origens para verificar que o ‘eu’ individual só tem verdadeira existência no ‘nós’ comunidade, o que, em suma, significa que ambos não podem ser dissociados. (...) O problema atual do liberalismo consiste no fato de que se insere em um panorama que está distante de uma perfeita tecnologia da justiça. Trata-se de um mundo real. Um mundo que esteve, há bem pouco tempo, sob o risco de um holocausto nuclear e que pode vir a estar aprisionado pela tirania de uma pequena elite que domine, por exemplo, os códigos genéticos*” (op. cit., p. 60/61).

⁴⁴ Neste aspecto, também é importante mencionar a concepção racional de Estado citada por Norberto BOBBIO: “*(...) racional porque é dominada pela idéia de que fora do Estado existe o mundo das paixões desenfreadas ou dos interesses antagônicos e inconciliáveis, e de que apenas sob a proteção do Estado o homem pode realizar a própria vida de homem de razão*” (op. cit., p. 127).

⁴⁵ Cumpre anotar que o socialismo será tratado de maneira genérica, até mesmo porque esta ideologia teve inúmeras variações de pensamento, tais como o socialismo científico, o socialismo utópico e o marxismo.

⁴⁶ RODRIGUES CAL, Arianne Brito, op. cit., p. 21.

⁴⁷ Mas “*(...) o liberalismo não é contrário à intervenção econômica do welfarestate ou à democracia. As restrições às maiores políticas temporárias são projetadas para facilitar a democracia, e não para paralisá-la; os princípios liberais são compatíveis com qualquer forma de Estado que adote a autonomia da vontade individual; e a idéia de proteção dos interesses e direitos individuais significa um civilizado desejo de controlar as irracionais e agressivas paixões humanas, sendo estes interesses e direitos individuais intrinsecamente relacionados aos princípios da igualdade e de universalidade*” (cf. Fernanda DUARTE, et al., *Os Direitos à honra e à Imagem pelo Supremo Tribunal Federal*, p. 40/41).

⁴⁸ COLE, George Douglas Howard. *Que é Socialismo?*, p. 69.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 71.

classe trabalhadora e do proletariado, defendendo ideais para atingir conquistas coletivas.

O ideal socialista partia do pressuposto de que havia uma tendência natural dos detentores dos meios de produção em explorar a classe trabalhadora. Por isso, acreditavam que, se a classe dominante fosse derrotada, socializando os meios de produção e com a sua administração por técnicos que não pretendessem a dominação, seria instituída uma nova ordem de estatização da propriedade produtiva em prol da sociedade com um todo e com uso voltado para atender o interesse coletivo.

Após décadas de movimentos socialistas, eclodiu a Revolução Russa, mas que, com o comando de Lênin, entendia que o próprio proletariado poderia tomar o poder e o controle⁵⁰. Tal controle era exercido pelo “partido”, que acabou por originar o comunismo. Somente ao “partido” cabiam as decisões e a adoção de medidas políticas, através de um comando centralizado acima dos trabalhadores, que vislumbraram no comunismo a oportunidade de realizar uma grande transformação social.

Mas o movimento socialista perdeu sua identidade revolucionária de luta de classes, para voltar-se, cada vez mais, ao propósito de promover justiça social por outros meios. Surge, então, a idéia da democracia social, mas não substitutiva ao capitalismo, que, embora modificado em aspectos secundários, ainda persiste⁵¹.

Sobre esta “mutação” do movimento socialista, veja-se a lição de George Douglas Howard COLE:

“O socialismo, portanto, já não é mais um movimento único, avançando numa direção única. No Ocidente, ele é – como o eram as primeiras formas de socialismo – fundamentalmente um impulso em direção à justiça social e à igualdade, mais do que uma busca do poder por uma classe. Já não pode, naturalmente, continuar a evitar ter de pensar em termos de poder assim como de moral, da mesma forma que o comunismo, apesar de toda a sua insistência no fator poder, não pode evitar ter de invocar o auxílio de apelos éticos. O comunista precisa acreditar que sua causa é justa, tanto quanto historicamente determinada; o

⁵⁰ Era a teoria de Lênin denominada com o “*capitalismo de estado*”, criticada por Marx como sendo a “*ditadura do proletariado*” (cf. George Douglas Howard COLE, op. cit., p. 81).

⁵¹ COLE, George Douglas Howard, op. cit., p. 85.

socialista ocidental precisa acreditar que os trabalhadores o apóiam, além de crer que sua causa é justa. Ambos consideram a propriedade privada dos instrumentos essenciais de produção como incoerente com a ausência de distinções de classe; ambos de certa forma desejam ‘socializar’ as mentalidades dos homens mediante a socialização de seu meio ambiente.”⁵²

Mas por decorrer do pensamento liberal, a social democracia encontra dificuldades para lidar com os elementos socializantes. Surgem, então, as primeiras idéias de ordem sócio-econômica, garantidora dos direitos individuais e da propriedade privada, mas voltada para servir ao bem comum⁵³. É uma proposta conciliadora, para atender reivindicações, por vezes divergentes, entre as diversas classes sociais, decorrente da própria complexidade da sociedade em geral.

A intervenção mínima do modelo liberal não era suficiente para atender demandas sociais, sendo que o Estado Social surgia com esta perspectiva de atuação⁵⁴, voltada para melhor atender ao desenvolvimento social das classes excluídas pelo poder econômico das minorias.

O surgimento do Estado Social não decorre necessariamente do socialismo ou como resposta ao liberalismo, mas parte da perspectiva da ausência de atuação estatal específica para a promoção de justiça social.

Segundo Odete MEDAUER, existe um Estado Social “(...) *quando se verifica uma generalização dos instrumentos e das ações públicas de segurança e bem-estar social*”⁵⁵.

O Estado Social não significa uma ruptura radical com o Estado Liberal⁵⁶, até mesmo porque ambos os modelos são Estados de Direito^{57 e 58}, mas representa,

⁵² Ibid., p. 86.

⁵³ Artigo 153, segunda parte, da Constituição de Weimar (cf. João Batista Gomes MOREIRA, op. cit., p. 131/132).

⁵⁴ ZYMLER, Benjamin, op. cit., p. 34/35.

⁵⁵ Op. cit., p. 28.

⁵⁶ Tanto que há preocupação dos liberais com os direitos sociais (cf. Frank I., MICHELMAN, *A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal*, p. 132 e 154/155).

⁵⁷ No Estado Liberal, há preocupação com a segurança jurídica, para o efeito de afastar a intervenção estatal na economia, razão pela qual o Direito impedia tal intervenção e subordinação do Poder Público a este primado tido como inviolável pelo liberalismo. Outro traço do Estado de Direito no Estado Liberal é a despolitização do Estado para garantir a liberdade do mercado. Já em relação ao Estado Social, verifica-se a correlação dos direitos fundamentais e sua garantia pelo poder constituído, em especial quanto ao respeito de todos, inclusive do Estado, à dignidade da pessoa humana, princípio inalienável e que serve, ao mesmo tempo, como limite e tarefa da atuação estatal (cf. Marília de Ávila e Silva SAMPAIO, op. cit., p. 44/45 e 60/61).

sim, uma nova perspectiva de atuação estatal voltada para adotar uma postura mais ativa, e não de neutralidade, capaz de promover justiça social⁵⁹. Pode-se até mesmo vislumbrar um modelo intermediário, em que os direitos individuais são tutelados, ampliando-se tal proteção para garantir os direitos sociais, com uma atuação mais ativa do Estado para assegurar avanços neste aspecto⁶⁰.

Por isso é que os modelos não se excluem e tão menos seriam totalmente antagônicos, guardando inúmeras semelhanças e relações, conforme ensina Guilherme Henrique La Rocque ALMEIDA:

“Atualmente, os Estados liberais e os sociais democratas predominam no mundo ocidental. Politicamente, adotam a forma de democracias pluralistas ou sociais democracias. (...) A social democracia adota o pluralismo como base, acrescentando-lhe alguns aperfeiçoamentos. Nesse modelo, a classe capitalista, que permanece hegemônica, incentiva novas formas de participação popular corporativa. De caráter basicamente reformista, apesar de preservar o modo de produção capitalista, enfatiza a busca de ganhos e incrementos para as classes trabalhadoras. É o ‘Pós-capitalismo’, que prega a superação das desigualdades sociais e a irrelevância das classes sociais na definição estrutural da sociedade.”⁶¹

O Estado Social preservou o mercado capitalista, a propriedade dos meios de produção, mas abandona a postura de neutralidade absoluta frente ao aspecto de intervenção da economia, como forma não de afastar os valores liberais, mas tornando-os mais efetivo e “(...) *conferindo, desta feita, um conteúdo material à liberdade, à propriedade individual, à igualdade e à segurança jurídica*”⁶².

Os modelos possuem diferenças⁶³, mas guardam semelhanças, pois o Estado Liberal não nega os direitos fundamentais e sociais, apenas se abstém de tomar

⁵⁸ Ingo Wolfgang SARLET considera que o Estado de Direito verifica-se “(...) *não no sentido meramente formal, isto é, como ‘governo das leis’, mas, sim, como ‘ordenação integral e livre da comunidade política’, expressão da concepção de um Estado material de Direito, no qual, além da garantia de determinadas formas e procedimentos inerentes à organização do poder e das competências dos órgãos estatais, se encontram reconhecidos, simultaneamente, como metas, parâmetros e limites da atividade estatal, certos valores, direitos e liberdades fundamentais, chega-se fatalmente à noção – umbilicalmente ligada à idéia de Estado de Direito – de legitimidade da ordem constitucional e do Estado.*” (A Eficácia dos Direitos Fundamentais, p. 70).

⁵⁹ SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva, op. cit., p. 50.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 40.

⁶¹ Op. cit., p. 121/122.

⁶² SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva, op. cit., p. 53.

⁶³ No Estado Social a justiça é distributiva, diferença substancial do Estado Liberal em que a justiça é comutativa.

medidas concretas para a promoção e garantia de tais direitos, que, por sua vez, são diretamente realizadas pelo Estado Social. De toda sorte, ambos os modelos tendem a superar suas próprias limitações, para se apresentar como Estados Democráticos de Direito.

2.2.2. Intervencionismo

Diante do crescente movimento socialista, o intervencionismo passou a ser uma tônica cada vez mais presente.

O liberalismo e o Estado Liberal tinham como pressuposto a não interferência no mercado, pregando a liberdade individual e econômica. Desta liberdade econômica, decorre a competição e a concorrência e um mercado capitalista. Ao capitalismo de mercado contrapõe-se o socialismo, com a estatização dos meios de produção.

Portanto, o Estado Social não se afigura como uma resposta direta ao Estado Liberal, mas representa um enfoque diferente em relação à realização dos direitos sociais.

Por isso é que o contraponto ao Estado Liberal, neutro e mínimo, é o Estado Intervencionista, que atua direta e indireta no mercado, exercendo atividades econômicas e sociais⁶⁴, se bem que o intervencionismo é uma das características do Estado Social para a adoção de medidas no sentido de prover as necessidades coletivas, com maior ou menor intensidade.

É um processo de assistência às coletividades organizadas, como uma forma de integração econômica e social, partindo da consolidação de uma democracia política⁶⁵.

Assim é que o intervencionismo, mais que um modelo, é uma forma de atuação estatal, que envolve uma atuação mais intensa e ativa do Estado, com a

⁶⁴ GUERRA, Sérgio. *Introdução ao Direito das Agências Reguladoras*, p. 5.

⁶⁵ SARRIA, Eustorgio; BARRAGAN, Mauricio Sarria. *Derecho Administrativo Colombiano: General y Especial*, p. 83.

finalidade de assegurar objetivos econômicos e sociais não alcançados pelo liberalismo⁶⁶.

Com o intervencionismo, que dominou a Europa no final do século XIX e no começo do século XX⁶⁷, houve um significativo aumento da máquina estatal, devido ao acréscimo de funções assumidas pelo Estado.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, aponta, ainda, outras conseqüências do intervencionismo:

“Também a liberdade individual foi seriamente afetada pela nova concepção do Estado, tendo em vista a crescente intervenção, ora por meio de limitações ao exercício de direitos individuais, ora pela atuação direta no setor da atividade privada. Cresceu a intervenção no domínio econômico, cresceu o poder de polícia, que passou a atuar em todas as áreas da vida social e econômica, cresceu o rol de atividades assumidas pelo Estado como serviço público.”⁶⁸

Não obstante estas características do intervencionismo, a propriedade privada e a livre iniciativa foram mantidas, cabendo ao Estado exercer sua atuação de forma a incentivar e fomentar as atividades que potencialmente possam ocasionar benefícios coletivos, mas fiscalizando o exercício da concorrência para evitar abusos, configurando a intervenção indireta⁶⁹.

Mas ainda assim, o Estado passou a atuar em atividades que anteriormente eram explorados apenas pelos particulares, significando uma intervenção direta em determinados setores considerados de interesse público.

Todo este conjunto de novas atribuições e funções “(...) *exige do Estado a tarefa de propiciar o bem-estar de todos, bem como a necessidade de continuar atuando no setor social e ainda intervindo nas atividades econômicas*”⁷⁰.

Isto ocasionou algumas conseqüências no modelo intervencionista, tais como o agigantamento da máquina estatal, suprimindo a capacidade do Estado em realizar investimentos necessários, ocasionando a ineficiência dos serviços públicos.

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 40.

⁶⁷ GORDILLO, Agustín, op. cit., p. I-4.

⁶⁸ Op. cit., p. 40.

⁶⁹ SILVA, Américo Luís Martins da. *Introdução ao Direito Econômico*, p. 205.

⁷⁰ RODRIGUES CAL, Arianne Brito, op. cit., p. 23.

Por estas e outras razões, houve uma tendência moderna em desestatizar alguns setores, passando o Estado a reduzir seu aparato e concentrar seus esforços em áreas específicas.

2.2.3. O Estado do Bem-Estar

A concepção do Estado do Bem-Estar⁷¹ decorre da postura intervencionista assumida pelo Estado de maneira que, sem tolher a liberdade de iniciativa, disciplina e fomenta comportamentos desejados para atingir objetivos sociais e coletivos. Trata-se de utilizar a estrutura estatal para a promoção de justiça social.

Neste caso, a atuação estatal está voltada para garantir os recursos essenciais para que a parcela menos favorecida da sociedade possa ter uma condição compatível com padrões de existência digna. Assim, ao mercado cabe a atividade produtiva e ao Estado garantir a equidade social⁷².

A intensidade desta atuação varia de acordo com as circunstâncias que envolvem as maneiras pelas quais as deficiências do mercado influenciam no desenvolvimento social⁷³ e que irão orientar o Estado na adoção de medidas para corrigir as distorções.

É que o próprio processo de evolução das sociedades acaba por excluir, de uma maneira ou de outra, determinadas classes que ficam a margem do desenvolvimento.

⁷¹ Sobre a tipologia do Estado do Bem-Estar, Gustavo Henrique de La Rocque ALMEIDA cita os seguintes modelos: bismarckiano (Alemanha), beveridgiano (Inglaterra), residual (subsidiário), de produtividade e desempenho industrial (meritório) e o redistributivo institucional (assistencial) (op. cit., p. 135/136).

⁷² Equidade significa satisfazer alguma necessidade ainda não atendida pelo Direito, no sentido de promover o equilíbrio das relações e pessoas (cf. Pietro COGLIOLO, *Philosophia do Direito Privado*, p. 133).

⁷³ RAMOS, Flávio de Araújo. *Considerações sobre a concepção de um “Estado Regulador”*.

Considerando que os meios até então existentes já são mais capazes de reinserir os marginalizados no processo evolutivo, o Estado do Bem-Estar promove uma ação redistributiva⁷⁴ para harmonizar as diversas facetas do desenvolvimento.

Mas a essência do *Welfare State*, em proporcionar o mínimo de condições de existência digna das pessoas, não deve funcionar como mera aplicação de políticas sociais⁷⁵, pois a participação do Estado do Bem-Estar deve assegurar o exercício pleno da cidadania.

Portanto, o Estado assume a tarefa de conduzir o desenvolvimento social, adotando políticas distributivas, para o efeito de diminuir as imperfeições do mercado com a (re)inserção dos excluídos pelo processo econômico⁷⁶.

2.2.4. A crise

O movimento de transformação do Estado e a definição de suas ações e prioridades, marcam uma fase de desenvolvimento da própria função estatal. Não restam dúvidas de existir a necessidade de adotar políticas redistributivas para equilibrar o desenvolvimento econômico e o social.

É uma mudança de enfoque. Não bastam alterações superficiais e paliativas, baseadas em discursos populistas. São “(...) *necessárias mudanças valorativas profundas*”⁷⁷.

Mas o impacto destas inúmeras transformações, aliadas às circunstâncias políticas momentâneas e de grupos, determinou o questionamento dos modelos de Estado até então verificados e independentemente da nomenclatura utilizada⁷⁸.

⁷⁴ ALMEIDA, Guilherme Henrique La Rocque, op. cit., p. 130/131.

⁷⁵ Citando WILENSKI, Guilherme Henrique La Rocque ALMEIDA afirma que o Estado do Bem-Estar deve oferecer padrões mínimos a todos os cidadãos como um direito político e não como caridade (op. cit., p. 129/130).

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, tomo II, p. 272. O autor ressalta que deste modelo surgiram novos e importantes conceitos, como o da função social da propriedade, da função social da empresa, além da consolidação dos direitos sociais.

⁷⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Desenvolvimento*, p. 56/57. Destaca o autor que deve haver uma mudança significativa, com “(...) *igualdade de oportunidades, inclusão no mercado, conhecimento das melhores opções econômicas e sociais, cooperação, menos que resultados econômicos passam a compor o quadro valorativo de construção de uma democracia econômica*”.

Verifica-se o aumento significativo da máquina pública pela assunção de novas tarefas voltadas para a promoção social, o que dificulta o andamento destas ações, até mesmo pela burocratização do aparato estatal⁷⁹, bem como surgem problemas decorrentes da escassez de recursos financeiros^{80 e 81}.

Ainda que tenha sido experimentado um sensível aumento na qualidade de vida das pessoas, decorrente a atuação promocional do Estado, ainda assim verifica-se que muitas mazelas coletivas ainda assombram a sociedade atual.

Houve, sim, uma evolução. O curioso, é que esta mesma evolução tende a inviabilizá-la, conforme ensina Marçal JUSTEN FILHO:

“Mas o êxito (relativo) dessa revolução produziu uma das causas de sua inviabilização. O Estado Providência gerou benefícios e vantagens que redundaram na multiplicação da população, o que não foi acompanhado da modificação dos mecanismos de seu financiamento. Apenas para dar um exemplo, os limites de aposentadoria compulsória por idade não foram modificados, mesmo em face do que se poderia identificar como ‘rejuvenescimento da velhice’ ou ‘adiamento da ancianidade’ [sic]. Como decorrência, um contingente cada vez maior de pessoas atinge o limite de inatividade, com perspectiva de sua sobrevivência ser custeada através de recursos financeiros limitados. O montante de recursos para previdência vai-se tornando insuficiente, o que provoca aviltamento de condições de vida e frustração do cumprimento de compromissos assumidos pelo Estado.”⁸²

E a questão ainda pode ser abordada por outros ângulos, pois este é apenas um dos fatores que geram a inviabilidade deste modelo. O mesmo Marçal JUSTEN FILHO aponta que o aumento da população, aliado a ineficiência da atuação estatal contribui para o surgimento da denominada “crise fiscal”, que importa na supressão de recursos orçamentários capazes de fazer frente aos

⁷⁸ Estado Social, Estado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento, Estado Social de Direito, Estado Assistencialista, etc.

⁷⁹ SILVEIRA, Raquel Dias. *Os Processos Privatizadores nos Estados Unidos, Europa e América Latina: Tentativa de Compreensão do Fenômeno das Privatizações como Política Econômica do Modelo Neoliberal no Brasil*, p. 209.

⁸⁰ Ver nota 2 deste Capítulo.

⁸¹ Boaventura de Santos SOUSA ressalta que da crise “(...) resultou a redução progressiva dos recursos financeiros do Estado e a sua crescente incapacidade para dar cumprimento aos compromissos assistenciais e providenciais assumidos para com as classes populares na década anterior” (*Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, p. 166).

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 19.

projetos sociais, que elevou o passivo do Estado e não permitiu manter os avanços que já haviam sido conquistados⁸³.

Aumentaram as despesas com projetos e políticas estatais, ao passo que as receitas estagnaram ou diminuíram frente aos gastos públicos. Isto ocorre porque o custo com programas sociais acaba superando os recursos financeiros para atender esta finalidade, ocasionando um impasse que coloca em risco os objetivos estatais de proteção social.

Sobre o Estado-providência na França, Pierre ROSANVALLON ensina que:

“A dúvida sobre o Estado-providência não pode portanto ser entendida somente do ponto de vista da regulação dos equilíbrios econômicos que o regem. Não é apenas a extensão do Estado ou o peso das despesas sociais que está em causa. Esta dúvida manifesta um abalo mais profundo: são as relações da sociedade com o Estado que são questionadas. Se há crise, é neste sentido.”⁸⁴

De qualquer maneira, tudo isso levou ao questionamento da forma de atuação dos Estados contemporâneos, identificados pela “(...) *ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção*”⁸⁵, colocando em dúvida se o Estado ainda teria capacidade de continuar conduzindo o processo de transformação e evolução sócio-econômico.

Mas qualquer que seja a solução, deve ser evitada a contraposição de modelos, representada por um duelo entre a liberdade de mercado e as políticas redistributivas, bem como afastar o discurso baseado no confronto estatização *versus* privatização ou o contrário.

É fundamental o equilíbrio de concepções, aproveitando as diferentes vantagens de cada forma de atuação estatal, para “(...) *fugir dos modelos reducionistas que pregam um Estado máximo e todo-poderoso ou um Estado mínimo e que delegue ao mercado quase todas as suas funções*”⁸⁶. É necessário otimizar e racionalizar o uso e a dimensão do aparato estatal, controlar e equilibrar os gastos públicos, primar pela eficiência administrativa e oferecer serviços públicos de qualidade.

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 19.

⁸⁴ *A crise do Estado-providência*, p. 25.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, tomo II, p. 272.

⁸⁶ ALMEIDA, Guilherme Henrique La Rocque, op. cit., p. 137.

Os modelos polarizados e até então concebidos já não se mostram mais adequados para atender às demandas coletivas, devendo ser adotada uma renovada forma de atuação estatal capaz conciliar e atingir o progresso econômico e social, o que acaba por inspirar o aparecimento do novo modelo de Estado: o Estado Regulador.

2.3. O modelo regulador

Constatar que o Estado já não possui mais condições de implementar políticas de promoção social não retira a responsabilidade de cumprir com esta função. Nem mesmo a adoção de medidas voltadas para atender determinadas demandas públicas com a colaboração da iniciativa privada⁸⁷, exime o Estado de seus deveres, persistindo suas funções de “(...) *planejamento, regulação e fiscalização*”⁸⁸.

Ainda que o Estado reconheça a sua ineficiência para determinadas atividades, permanece com o dever de disciplinar os setores necessários, cabendo, da mesma forma, garantir pela realização do bem-comum. É uma nova concepção de Estado, preocupado em redefinir seu papel de conduzir adequadamente o desenvolvimento sócio-econômico.

Ocorre uma mudança significativa na forma pela qual são exercidas as funções estatais, cabendo ao Estado a atribuição de conciliar os interesses conflitantes e manter o equilíbrio das relações sócio-econômicas.

Conseqüência disto é que surge o modelo regulador⁸⁹, como o desenvolvimento de uma estrutura estatal adequada para atender a complexidade das relações econômicas e sociais. O Estado assume uma postura de “(...) *ator*

⁸⁷ V.g. a transferência da prestação de serviços públicos.

⁸⁸ BARROSO, Luiz Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*, p 170.

⁸⁹ Marçal JUSTEN FILHO adverte que a expressão *Estado Regulador* não aponta para uma situação de atuação estatal “*padronizada e unitária*”, mencionando o “*modelo regulador*” para “(...) *indicar uma situação variável e heterogênea, que se concretiza de diversos modos*” (*O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 25).

material”⁹⁰ do processo, não apenas para conduzir a política econômica, mas também para permitir que valores sociais sejam materializados, estabelecendo normas disciplinadoras e promocionais e fiscalizando sua observância.

O Estado Regulador não se limita a exercer seus poderes, assumindo a função de organizar e disciplinar as relações sócio-econômicas. Isto ocorre porque o Estado Regulador não surge meramente de uma formulação teórica isolada, mas decorre da evolução histórica do próprio conceito de Estado e das reformas estruturais.

Assim, o Estado Regulador é uma síntese de outros modelos clássicos, até mesmo porque a atividade regulatória decorre do surgimento dos Estados modernos, atividade esta que é inerente ao monopólio estatal do Direito. Além disso, o Estado Regulador é um Estado de Direito, em que a ordem jurídica prevalece sobre o discurso político.

Por isso é que Marçal JUSTEN FILHO afirma que o “(...) *Estado e o Direito buscam (têm de buscar) a promoção do bem-estar concreto dos cidadãos, a supressão da pobreza e das desigualdades, a promoção da dignidade da pessoa humana*”⁹¹.

O Estado Regulador deve utilizar seus poderes para transformar e aprimorar as relações sócio-econômicas, tendo nesse aspecto uma das suas prioridades.

Isto não significa adotar ou rejeitar práticas intervencionistas, mas a adoção de medidas adequadas, passando o Estado a disciplinar atividades setoriais de forma coordenada, sem afastar os deveres estatais de promover o bem-estar coletivo.

No modelo regulador, atividades até então desenvolvidas pelo Estado passam a ser desempenhadas pelos particulares com a fiscalização e disciplina própria, além do que monopólios estatais são quebrados. Por outro lado, o Estado se afasta de atividades econômicas para priorizar sua competência regulatória quando necessária.

Tal competência não se limita ao âmbito econômico para afastar as falhas do mercado, mas também se destina a promover políticas de cunho social. Além

⁹⁰ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*, p. 49.

⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 17.

disso, a atividade regulatória presume um regramento dinâmico para acompanhar a evolução dos destinatários desta competência⁹².

Por isso tudo é que, embora seja decorrente de um processo de evolução histórica, o Estado Regulador apresenta características particulares o que distinguem dos demais modelos e que lhe conferem uma identidade própria.

2.4. Evolução no cenário nacional

O Brasil, como não poderia deixar de ocorrer, foi afetado pelas transformações estruturais e institucionais verificadas ao longo do processo histórico-evolutivo dos Estados contemporâneos, razão pela qual não ficou imune de sofrer alterações em seu modelo de atuação estatal.

Houve a necessidade de adaptação do Estado brasileiro para se adequar ao novo modelo decorrente das alterações verificadas mundialmente, mas que no Brasil teve contornos próprios. No Brasil ocorreram reformas pontuais e que foram verificadas com mais intensidade no aspecto administrativo e econômico⁹³ e sobre a forma de prestação dos serviços públicos.

Conforme Paulo Roberto Ferreira MOTTA, a reforma do Estado brasileiro teve marcos legais, iniciando-se em 1990 com o Programa Nacional de Desestatização – PND, com a finalidade de reorganizar o aparato estatal, transferindo algumas atividades para a iniciativa privada e concentrando a atuação do poder público em áreas fundamentais para o desenvolvimento do País⁹⁴.

Entretanto, e ainda que a redemocratização tenha impulsionado o processo de reestruturação no Brasil, durante décadas do regime autoritário, a atuação

⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 25.

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. *Apontamentos sobre as Agências Reguladoras*, p. 109.

⁹⁴ O autor ressalva que antes de 1990 ocorreram outras situações com a mesma finalidade, e ainda cita outros marcos legais que ocasionaram a reformulação da atividade estatal no Brasil após 1990 (*Agências Reguladoras*, p. 6/7).

estatal se valeu de instrumentos não suscetíveis de controle adequado⁹⁵ e que atrasaram as reformas e a implementação do modelo regulador no país.

2.4.1. A reforma do Estado brasileiro

Quando Getúlio Vargas assumiu a presidência da República em 1930, foi implantado no Brasil o modelo desenvolvimentista financiado pelo Estado, e o que se observou durante muitas décadas foi o aumento excessivo do aparato estatal brasileiro⁹⁶.

Havia uma intervenção estatal intensa nas liberdades individuais e no setor econômico, que foram mantidas no Estado Novo. Muitas outras medidas intervencionistas foram adotadas, principalmente no setor agrário, com a criação de inúmeros órgãos e autarquias relativos aos assuntos fundiários⁹⁷.

Já na década de 50, ainda com Getúlio Vargas após o governo do General Dutra, a política intervencionista volta-se para o desenvolvimento industrial do País, cujas pretensões eram de investimentos através do capital nacional privado e do próprio Estado brasileiro.

Entretanto, com a sucessão de Getúlio Vargas por Juscelino Kubitschek, a fase industrial passou a ser financiada por capital estrangeiro, havendo uma sensível diminuição das medidas intervencionistas, avanços democráticos e crescimento econômico⁹⁸.

⁹⁵ INSTITUTO FERNANDO HENRIQUE CARDOSO. *Palestra do Ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso no ato de sua posse na Academia Internacional de Direito e Economia*.

⁹⁶ “(...) a partir da década de 1930, o Estado brasileiro passou de agro-exportador com uma configuração político-econômica fragmentada para semi-industrializado com um perfil político-econômico centralizador (sobretudo no que diz respeito à intervenção estatal). O Estado (em especial a União) inseriu-se no mercado e desenvolveu inúmeras atividades econômicas, máxime a partir da década de 1960 (o que culminou na crise dos anos 1980)” (cf. Egon Bockmann MOREIRA, *Anotações sobre a História do Direito Econômico Brasileiro (Parte I: 1930-1956)*, p. 68).

⁹⁷ v.g. Instituto Nacional do Alcool (1933), Instituto Nacional do Mate (1938), Instituto Nacional do Sal (1940) e Instituto Nacional do Pinho (1941) (cf. Márcio Chalegre COIMBRA, *Ensaio – Direito regulatório brasileiro*).

⁹⁸ COIMBRA, Márcio Chalegre, op. cit.

Os governos posteriores não conseguiram manter e sustentar o modelo de desenvolvimento implantado por Juscelino Kubitschek⁹⁹, o que acabou por culminar no golpe militar de 1964.

Não obstante as divergências entre os militares, o Brasil experimentou um novo período de crescimento econômico, desta vez entre 1967 e 1973, com “(...) *grande incentivo a livre iniciativa e ao ingresso de capital estrangeiro*”¹⁰⁰.

Mas uma nova reviravolta ocorre em 1974, quando o General Ernesto Geisel assume a presidência da República, voltando a adotar políticas intervencionistas, com o financiamento estatal do desenvolvimento do Brasil. Neste período conturbado, foram criadas inúmeras empresas estatais.

Ao fim da década de 70 haviam sido criadas mais de 300 estatais, sendo o que Luís Roberto BARROSO chama de a era das empresas “*brás*”¹⁰¹.

Encerrado este ciclo, o Estado brasileiro não tinha mais condições de financiar seu próprio desenvolvimento, possuindo ainda uma estrutura imensa e inoperante, burocratizada e corrompida, além da nação estar sofrendo com o atraso social¹⁰².

Portanto, era inevitável diminuir a dimensão da gigantesca máquina estatal brasileira, para que o Brasil pudesse recuperar sua confiança e sua capacidade de investimentos em setores fundamentais e necessários para operar o desenvolvimento do país.

Para tanto, foi editado em 1995, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, com a finalidade de reestruturar a administração pública brasileira, orientada pela eficiência, limitando a atuação estatal àquelas atividades específicas, tais como regulação, fiscalização e fomento¹⁰³.

⁹⁹ Segundo Egon Bockmann MOREIRA, o período entre 1956 e 1964 foi o ápice do Direito Econômico brasileiro, devido ao projeto desenvolvido pelo Presidente Juscelino Kubitschek, mas que acabou por sofrer retrocessos nos governos de Jânio Quadros e de João Goulart, porque o cenário era de instabilidade, o que não permitiu o avanço das políticas econômicas (*Anotações sobre a História do Direito Econômico Brasileiro (Parte II: 1956-1964)*, p. 143).

¹⁰⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Anotações sobre a História do Direito Econômico Brasileiro (Parte II: 1956-1964)*, p. 143.

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. *Apontamentos sobre as Agências Reguladoras*, p. 110.

¹⁰² Idem.

¹⁰³ FERNANDES, Marcela Campos Gomes. *As Agências Reguladoras no Contexto do Estado Democrático de Direito*, p. 186/187.

A reforma do Estado brasileiro envolveu, ainda, outras transformações verificadas em nível constitucional, com a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, flexibilização de monopólios estatais e a implantação do programa de desestatização¹⁰⁴.

Não significa que Estado brasileiro assumiu uma postura mínima frente às demandas econômicas e sociais. O que ocorreu foi a diminuição da máquina administrativa e a conseqüente redução das medidas de intervenção, com o Estado adotando o modelo regulador como forma de atuação estatal.

2.4.2. Modelo regulador no contexto brasileiro

A partir da reforma do Estado brasileiro, constatou-se que havia a necessidade de definir a forma pela qual se operaria o modelo regulador no Brasil.

De acordo com o Conselho de Reforma do Estado, havia a necessidade de formular uma política regulatória que sustentasse as propostas do governo, bem como reformular o aparato estatal brasileiro para, num primeiro plano, desregular e, em seguida, regular por novos critérios, limitando a adoção de medidas intervencionistas¹⁰⁵.

Por sua vez, Vinícius Marques de CARVALHO afirma que é “(...) *necessário, num país com níveis de desigualdade social e econômica como o Brasil, uma regulação que preserve um caráter de política pública com efeitos eminentemente redistributivos*”¹⁰⁶.

O modelo regulador brasileiro ainda está em desenvolvimento e deve ser organizado de maneira a atender as exigências econômicas e sociais decorrentes

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, tomo II, p. 276.

¹⁰⁵ NUNES, Edson. *Agências Reguladoras: Gênese, Contexto, Perspectivas e Controle*, p. 178/179.

¹⁰⁶ CARVALHO, Vinícius Marques de. *Desregulação e reforma do Estado no Brasil: impacto sobre a prestação de serviços públicos*, p. 170.

da realidade nacional, compondo esforços voltados para um objetivo comum e de interesse público.

Conforme ensina Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO:

“A partir da premissa de que o *interesse público* é próprio do Estado, que deve persegui-lo e realizá-lo na forma da lei e do Direito, *mas não é dele exclusivo*, pois a sociedade organizada *pode* e em certos casos *deve* ter ação concorrente, abre-se um vasto campo, que a doutrina tem denominado *administração provada associada de interesses públicos*, sempre com a notável característica sinérgio-sociopolítica de potenciar a capacidade de ação do Estado pela composição e pela soma de esforços entre os setores público e privado.”¹⁰⁷

De toda sorte, a atuação estatal no Brasil é renovada pelo modelo regulador, voltado para atingir o interesse público de maneira direta ou indireta pelo próprio Estado ou com a conjugação do poder público e da iniciativa privada.

¹⁰⁷ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo, op. cit., p. 74.

3. REGULAÇÃO E CONSTITUIÇÃO

A Constituição¹⁰⁸ é a materialização dos valores de um povo em determinando momento histórico¹⁰⁹, estabelecendo limites para a atuação dos entes públicos e dos cidadãos, revelando as aspirações sociais, políticas e jurídicas de dada coletividade¹¹⁰.

Neste sentido é que a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, é contemporânea, por absorver as tendências do constitucionalismo moderno e social, com a intenção de prever, tutelar e proteger os direitos e garantias fundamentais contra os abusos perpetrados em outras épocas, sendo uma Carta Constitucional detalhada sobre este aspecto.

A condição de supremacia da norma constitucional revela que é indispensável observar suas disposições, até mesmo pelo sentido perene da Constituição, que é, portanto o fundamento de validade¹¹¹ de todos os demais atos normativos que compõem o ordenamento jurídico¹¹².

¹⁰⁸ “Constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político” (cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 12).

¹⁰⁹ Segundo Konrad HESSE “(...) a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma da realidade” (*A força normativa da Constituição*, p. 24).

¹¹⁰ Assim dispõe o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação de poderes não tem Constituição.” (cf. Eduardo García de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Direito Administrativo*, p. 102).

¹¹¹ Ferdinand LASSALLE afirma que a Constituição é a lei fundamental de uma nação e, assim, constitui uma lei básica, no sentido de que é o verdadeiro fundamento de todas as outras leis comuns (*A Essência da Constituição*, p. 9).

¹¹² A norma fundamental como pressuposição lógico-transcendental: “Se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efectivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais; e mediatamente se refere à ordem coercitiva criada de acordo com essa Constituição, também eficaz em termos globais, enquanto fundamenta

Sem adentrar na questão da hermenêutica jurídica sobre os ramos do Direito, pode-se afirmar que Direito Constitucional e Direito Administrativo guardam uma relação muito estreita¹¹³. As normas e princípios constitucionais regem e vinculam a atividade administrativa, o que decorre do próprio caráter de norma fundamental da Constituição¹¹⁴.

Há, portanto, uma indissociável relação entre ambos os ramos¹¹⁵, principalmente quanto à separação do poder e quanto ao exercício das funções públicas¹¹⁶. Até mesmo porque a organização e a atuação administrativa vêm descritas na Constituição¹¹⁷.

Por força desta relação, há uma tendência em construir uma teorização acerca da constitucionalização do Direito Administrativo, nada mais coerente face à supremacia constitucional decorrente do Estado de Direito, que vincula, não só os cidadãos, como o próprio poder constituído, de forma a legitimar sua atuação.

Segundo Marçal JUSTEN FILHO, significa “(...) *impregnar a atividade administrativa com o espírito da Constituição, de modo a propiciar a realização efetiva dos princípios e valores ali consagrados*”¹¹⁸.

Por razões lógicas, o poder regulatório não está afastado desta tendência. Pelo contrário, está diretamente vinculado à constitucionalização de valores, que envolvem justamente a qualidade e eficiência da atuação estatal, em especial sobre o desenvolvimento econômico com justiça social¹¹⁹.

a validade da mesma Constituição e a ordem coercitiva de acordo com ela criada.” (cf. Hans KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 277/278).

¹¹³ Alguns autores, como o italiano Renato ALESSI, entendem que o Direito Constitucional e o Direito Administrativo se identificam como sendo o “*Direito do Estado*” (*Principi di diritto amministrativo*, tomo I, p. 22, *apud* BACACORZO, Gustavo. *Derecho Administrativo Del Peru*, p. 67).

¹¹⁴ Cf. Gustavo BACACORZO, *op. cit.*, p. 67.

¹¹⁵ Tamanha é a relação, que José CANASI entende que o Direito Administrativo é a dinâmica e o procedimento do Direito Constitucional (*Derecho Administrativo*, vol. I, p. 74/75).

¹¹⁶ DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*, p. 177.

¹¹⁷ REVIDATTI, Gustavo Adolfo. *Derecho Administrativo*, p. 261.

¹¹⁸ *Curso de Direito Administrativo*, p. 14.

¹¹⁹ MENEM, Carlos; DROMI, Roberto. *El Estado Hoy*, p. 49/50.

Desta forma, a atividade regulatória do Estado não só é limitada, mas como também informada pela Constituição, no sentido de que o progresso sócio-econômico é uma das finalidades estatais previstas pela ordem constitucional¹²⁰.

3.1. A Constituição da República de 1988

Após muito tempo de desenvolvimento e experiências¹²¹, o modelo regulador passa a ser adotado no Brasil e vem consagrado pela Constituição da República de 1988, não de maneira explícita, mas em decorrência do contexto sistemático do ordenamento constitucional¹²².

O modelo brasileiro está caracterizado pela busca do desenvolvimento econômico, observados princípios de promoção social. Isto significa que a atividade regulatória, no aspecto constitucional, tem a função de equilibrar relações econômicas e sociais. O Estado assume uma postura de atuação subsidiária à iniciativa privada, coordenando e fiscalizando as atividades particulares, permanecendo com as funções estatais exclusivas¹²³.

Mesmo estando no âmbito constitucional, a atividade regulatória do Estado também pode se verificar em nível infraconstitucional, até mesmo para cumprir os desígnios da Constituição, para promover desenvolvimento econômico e para reduzir as desigualdades sociais.

A regulação, como forma de atuação subsidiária do Estado na busca pelo progresso e desenvolvimento, serve para tratar de diversas situações que

¹²⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela SOUTO. *Direito Administrativo Regulatório*, p. 12/13. O autor, aliás, entende que o “(...) princípio constitucional é, assim, a fonte da atividade administrativa e marco regulatório inaugural”.

¹²¹ Sérgio GUERRA caracteriza “(...) o Estado regulador como um fenômeno de mutação constitucional, desencadeado pelas alterações estruturais por que passou a sociedade” (*Controle Judicial dos Atos Regulatórios*, p. 23/24).

¹²² O artigo 174 da Constituição da República estabelece que o Estado é o agente regulador da atividade econômica. Por sua vez, o artigo 170 prevê que a ordem econômica deve assegurar a existência digna de todos e justiça social. O inciso IV, do artigo 3º determina que constitui objetivo fundamental da República promover o bem de todos. E o artigo 178 fala em “ordenação” dos transportes, além de inúmeros outros dispositivos constitucionais.

¹²³ GUERRA, Sérgio, op. cit., p. 36/37.

necessitem de adequação e correções pelo poder público, e isto se fundamenta pelo próprio reconhecimento da Constituição em permitir o tratamento assimétrico destas distorções¹²⁴.

As funções estatais consagradas pelo constitucionalismo moderno e caracterizadas pela divisão de poderes, tendem a incorporar a função regulatória como nova atribuição do Estado.

O sistema constitucional, após as reformas do Estado brasileiro, acaba por integrar diferentes formas de atuação estatal, dentre as quais está a atividade regulatória¹²⁵, disciplinando e fiscalizando diversos setores de interesses e através de órgãos específicos para esta função¹²⁶.

Inserida na ordem constitucional, a regulação é uma manifestação do poder estatal como uma atividade que integra o desenvolvimento do próprio Estado e da sociedade em geral, já que visa promover avanços sócio-econômicos, com a utilização instrumentos específicos para esta finalidade. E por ser uma manifestação de poder estatal, a regulação tem, como uma de seus objetivos, promover e integrar valores constitucionais fundamentais.

3.1.2.

A premissa do princípio da dignidade da pessoa humana

Originário do latim *principium*, o vocábulo “princípio” significa *começo, origem, ponto de partida*, e que no sentido científico assume a conotação de *fundamento, causa*, conteúdo próximo ao adotado pela linguagem jurídica¹²⁷.

Diante das constantes transformações das relações humanas, o Direito apresenta uma feição dinâmica para poder acompanhar as modificações em seus diferentes aspectos, tendo nos princípios o elemento capaz de orientar o ordenamento jurídico neste processo evolutivo. Os princípios informam e

¹²⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela SOUTO, op. cit., p. 13.

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Apontamentos sobre as Agências Reguladoras*, p. 114.

¹²⁶ O inciso XI, do artigo 21 da Constituição da República estabelece que compete à União a criação dos órgãos reguladores.

¹²⁷ MACEDO, Silvio de. *Princípio*, p. 504/505.

integram o Direito, sendo, ainda, que seu conteúdo valorativo limita e condiciona a ordem jurídica.

Os princípios jurídicos representam valores reconhecidos e acolhidos pela sociedade, compreendido como um postulado comum e aceito como proposição legítima. Marcos Juruena VILLELA SOUTO ensina que o “(...) *princípio como norma serve como fundamento para a interpretação e aplicação do Direito*”¹²⁸.

Considerando que a regulação envolve, como já afirmado, uma manifestação do poder estatal de cunho normativo-jurídico, cabe verificar, nesta oportunidade, que o princípio da dignidade da pessoa humana informa a atividade regulatória do Estado.

A República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito e tem como fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana^{129 e 130}. Segundo Luiz Edson FACHIN, a dignidade da pessoa humana é o que se chama “(...) *de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional*”¹³¹.

O Estado, como organização política, e a sociedade, devem se fundar no reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor inviolável¹³².

A dignidade da pessoa humana orienta toda a ordem constitucional e deve prevalecer sobre qualquer preceito que seja conflitante com este princípio, cujo conteúdo valorativo é significativa que é necessário garantir à pessoa humana todas as condições inerentes para uma existência digna¹³³. As pessoas não são objetos ou instrumentos, nem meios para a realização de desejos¹³⁴.

¹²⁸ Op. cit., p. 161/162.

¹²⁹ Artigo 1º, inciso III da Constituição da República.

¹³⁰ O artigo 1º da Lei Fundamental da Alemanha de 1949 estabelece: “A *dignidade da pessoa humana é sagrada. Todos os agentes da autoridade pública têm o dever absoluto de respeitar e proteger*” (cf. Marçal JUSTEN FILHO, op. cit., p. 65). Eros Roberto GRAU também faz referência ao mesmo dispositivo da Constituição de Weimar (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 195).

¹³¹ *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, p. 179.

¹³² ALSINA, Landelino Lavilla. *Derechos Fundamentales, Estado y Sociedad* (2), p. 31.

¹³³ Ver o *caput* do artigo 170 da Constituição da República.

¹³⁴ Esta é a formulação do imperativo categórico da obra de KANT: “*Age de tal forma que trates a Humanidade, tanto em tua pessoa quanto na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim e jamais simplesmente como um meio*” (cf. Oscar Vilhena VIEIRA, *Direito Fundamentais: Uma Leitura da Jurisprudência do STF*, p. 67).

Da dignidade da pessoa humana decorrem os direitos e garantias fundamentais e os direitos sociais, como corolários para a concretização do princípio¹³⁵. A dignidade da pessoa humana é uma “(...) *referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais*”¹³⁶, e como tal condiciona e orienta todo o ordenamento jurídico e a atuação estatal.

Mas ainda que relacionado diretamente com os direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana guarda sua autonomia¹³⁷ e ¹³⁸ face aos demais postulados constitucionais, representando um objetivo maior e comum que deve ser buscado tanto pelo Estado como pela própria sociedade.

Portanto, promover a dignidade da pessoa humana é tarefa do Estado e da sociedade, pois o princípio “(...) *é condição de possibilidade de existência e compreensão do sistema jurídico*”¹³⁹ que “(...) *somente adquire sentido e se torna compreensível em virtude dele [do princípio da dignidade da pessoa humana]*”¹⁴⁰.

Por isso, a administração pública esta adstrita ao princípio, devendo observar e promover a dignidade da pessoa humana. A atividade estatal deve ser orientada para atuar em prol da pessoa humana e de seus direitos e garantias fundamentais, e não simplesmente se voltar para questões meramente funcionais e administrativas¹⁴¹.

O Direito¹⁴² e o Estado devem atuar em favor da dignidade da pessoa humana, promovendo, de maneira suficiente, as medidas necessárias para que o princípio não seja mera abstração, superando as limitações de ordem formal, para

¹³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 73.

¹³⁶ FACHIN, Luiz Edson, op. cit., p. 182.

¹³⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena., op. cit. p. 63.

¹³⁸ Ainda no sentido da autonomia da dignidade da pessoa humana em relação aos direitos individuais, Oscar Vilhena VIERA compara o princípio com a liberdade. Pela liberdade, uma pessoa pode aceitar prestar serviços em condições degradantes, mas da perspectiva da dignidade certamente não se admite tal situação (op. cit., p. 67).

¹³⁹ Segundo Marçal JUSTEN FILHO, este é o fenômeno da transcendentalidade do princípio da dignidade da pessoa humana (op. cit., p. 66/67).

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ Comentando a reforma administrativa na Espanha, Jaime RODRÍGUEZ-ARANA afirma que “(...) *trata-se, pois, de um passo a mais nessa eterna luta por fazer uma Administração Pública mais humana, mais voltada ao homem concreto*” (*Reforma Administrativa y Estado Autonomico en España*, p. 457).

¹⁴² “*Desconectar o Direito dos ramos fundantes do Direito Público da pessoa humana, que é sua razão de existir, é tido como um dos piores e mais trágicos erros que o positivismo cometeu neste século; e o estatismo (coletivista ou não) é tido como um de seus mais perversos frutos, com dramáticos efeitos em nossa América hispanolusitana*” (cf. Eduardo Soto KLOSS, *La primacia de la persona humana, principio fundamental del Derecho Publico Chileno*, p. 507).

que haja um panorama de realizações concretas. E além de promover, o Estado deve respeitar e proteger a dignidade da pessoa humana, abstendo-se de práticas contrárias ao princípio, além de repelir qualquer violação ao preceito¹⁴³.

O Estado está a serviço da pessoa humana. Atua em função e para o benefício da pessoa humana, subordinado ao princípio da dignidade. O Estado surge em razão da pessoa humana, como instrumento para alcançar o bem comum¹⁴⁴.

Veja-se o entendimento de Carlos Roberto Siqueira de CASTRO:

“Sob o arrastão do princípio da dignidade humana, efetivou-se não apenas a superação da tradicional divisão entre o domínio do Estado e o domínio da sociedade civil, que por sua vez embasara a separação entre o direito público e o direito privado, ou entre a esfera nacional e o mundo internacional, forjada pela concepção romanística e reforçada pelo dogmatismo individualista da era liberal.”¹⁴⁵

A visão humanista acabou influenciando o desenvolvimento de uma nova concepção do Estado e de suas funções, bem como influenciou os novos rumos das ciências, da filosofia, da política e do direito.

Decorrente de um processo histórico-evolutivo do Estado, a atividade regulatória, enquanto modelo que adota as exigências de integração sócio-econômica para atender valores fundamentais, deve ter no princípio da dignidade da pessoa humana sua premissa.

3.1.3. Regulação e direitos fundamentais

¹⁴³ MOREIRA, Egon Bockmann. *O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata*, p. 88/89.

¹⁴⁴ Neste sentido, o artigo 1º, inciso 4º da Constituição Chilena estabelece a “*servicialidade do Estado*” (cf. Eduardo Soto KLOSS, op. cit., p. 512).

¹⁴⁵ *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*, p. 14/16.

Direitos fundamentais são aqueles que decorrem da Constituição por conta da própria condição humana, não podendo ser violados ou limitados¹⁴⁶. Mas quanto aos direitos fundamentais e suas variantes, o princípio informador continua sendo a dignidade da pessoa humana¹⁴⁷.

Os direitos fundamentais têm papel informador e integrador de toda a ordem jurídica e “(...) passaram a exercer uma espécie de liderança axiológica em face dos microsistemas normativos associados a comandos constitucionais (...)”¹⁴⁸.

Sobre a influência dos direitos fundamentais na regulação, vale conferir a lição de Diego Selhane PÉREZ:

“Ainda assim, é imperioso se levar em conta que no modelo de Estado Constitucional, como o adotado no Brasil, de modo específico, tem-se a prevalência dos direitos fundamentais, sobretudo dos ditos direitos individuais (liberdade e igualdade), que são limitadores da ação do Estado. No âmbito da regulação, maior atenção deve ser dada à questão dos limites que a liberdade e a igualdade individuais impõem à atuação estatal.”^{149 e 150}

Os direitos fundamentais, além de orientar a atuação estatal através da regulação, representam uma conquista decorrente do processo de redemocratização do país, sendo uma inovação significativa da nova ordem constitucional brasileira¹⁵¹.

A noção de Estado, Constituição e Direito estão vinculadas aos direitos e garantias fundamentais para o fim de promover a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade e a justiça¹⁵², sendo que a regulação, para ser legítima, deve observar e promover estes valores.

Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana são “(...) dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo

¹⁴⁶ DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Instituições de Direito Público e Privado*, p. 37.

¹⁴⁷ Ver item 3.1.2. do Capítulo 3.

¹⁴⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, op. cit., p. 16.

¹⁴⁹ *Auto-regulação: aspectos gerais*, p. 612.

¹⁵⁰ Sobre limites da regulação, ver item 5.4. do Capítulo 5.

¹⁵¹ “Desde logo, o conceito de *direitos fundamentais* foi o fator determinante na promoção do reequilíbrio das relações entre sociedade e Estado na política e no direito contemporâneos. Essa teoria vitoriosa do Direito Público ficaria a dever a duas fontes filosóficas de valor: a da *liberdade* e da *igualdade*” (cf. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Mutações do Direito Público*, p. 64).

¹⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 74.

*constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional*¹⁵³, estando, portanto, incluídas neste contexto, as normas reguladoras.

Assim, mesmo que a atuação estatal, através da regulação, ou por outros meios, seja progressiva e vise atender interesses coletivos, sociais e legítimos, ainda assim encontrará seus limites nos direitos e garantias fundamentais¹⁵⁴.

A regulação deve ser vista como uma forma do poder público promover os meios necessários para que os indivíduos tenham condições reais e efetivas de liberdade e igualdade, removendo eventuais barreiras que possam obstaculizar ou dificultar a participação política, o acesso cultural, o desenvolvimento econômico e o progresso social dos cidadãos em geral.

3.2. Regulação e a ordem econômica e social na Constituição

Ainda que tenha finalidades múltiplas, não se restringindo apenas aos aspectos econômicos, a atividade regulatória do Estado utiliza-se continuamente da ordem econômica para promover e implementar seus objetivos.

Prevista nos artigos 170 e seguintes da Constituição da República de 1988, a Ordem Econômica¹⁵⁵ vigente possui mais dispositivos que qualquer Constituição anterior, o que revela a influência de fatores sociais, até mesmo porque prevê princípios voltados para garantir a justiça social e a dignidade da pessoa humana.

Mas isso não significa que foram abandonados os princípios inerentes ao livre exercício da atividade econômica, que estão voltados, tanto para liberdade de iniciativa e concorrência, como também para a promoção social. Não existe, portanto, nenhuma contradição na Constituição da República ao conciliar estes fundamentos.

¹⁵³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 315.

¹⁵⁴ PINA. Antonio Lopez. *Derechos Fundamentales, Estado y Sociedad (1)*, p. 23.

¹⁵⁵ “No plano de nosso constitucionalismo, por ordem econômica se há de entender o conjunto de regras e princípios que estatuem e conformam os fundamentos, os alicerces, a ambiência, os personagens e as finalidades da economia brasileira” (cf. Sérgio FERRAZ, *Intervenção do Estado no Domínio Econômico Geral: Anotações*, p. 327).

A liberdade de iniciativa é o que fundamenta o liberalismo econômico, abrangendo a livre concorrência e a propriedade privada dos meios de produção, com plenas e totais possibilidades de atuação dos agentes econômicos, sem a intervenção estatal.

A concorrência é a igualdade de condições de competitividade, o que afasta qualquer tipo de benefício externo a determinados agentes ou setores, o que ocasionaria concorrência desleal.

Já a propriedade privada dos meios de produção, permite ao agente econômico o domínio dos bens utilizados em sua atividade.

Verifica-se, portanto, que, mesmo pautada no critério social, a ordem econômica, tal como prevista na Constituição da República, contempla o sistema capitalista de mercado.

Desta forma, o Estado não pode atuar de maneira tal a afastar por completo estes postulados econômicos, o que apenas pode acontecer em caráter excepcional. A medida de promoção social é que vai caracterizar a opção pela intensidade da atividade regulatória sobre a ordem econômica.

Assim, os conceitos liberais clássicos não encontram guarida na Constituição da República, vez que o Estado Liberal, na forma em que foi concebido, afastava de forma absoluta a atuação estatal sobre o domínio econômico e, a Ordem Econômica constitucionalmente prevista, está voltada para a promoção da justiça social além de garantir a livre iniciativa e a concorrência.

Trata-se, na verdade, de condicionantes ao exercício das atividades econômicas exercidas pela iniciativa privada, com o fim de promover o bem estar coletivo. O desenvolvimento econômico tem que estar, necessariamente, conjugado com o desenvolvimento social. Esta é uma das finalidades da atividade regulatória do Estado, qual seja, a de tutelar interesses coletivos que possam vir a ser suprimidos pelo abuso do poder econômico.

O desenvolvimento econômico e a justiça social devem ser conciliados de maneira que sejam respeitadas a liberdade de iniciativa e a livre concorrência, mas que assegurem existência digna a todos.

Assim, a regulação possui motivação econômica e social, mas não pode suprimir por completo a livre iniciativa e a concorrência. A motivação é inerente à atividade regulatória do Estado, pois sendo atividade administrativa está adstrita ao princípio da legalidade.

Somente a partir do início do século XX é que as Constituições passaram a conter disposições de caráter econômico de forma explícita. Sobre o título da “Ordem Econômica”, a Constituição da República de 1988 dispõe de um conjunto de normas regulatórias, de modo que o desenvolvimento econômico seja buscado, desde que observadas as garantias voltadas para a existência digna da pessoa humana e de acordo com os ditames da justiça social, regulando e determinando a observância de regras pelos agentes econômicos.

A Constituição enumera os fundamentos da ordem econômica: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte¹⁵⁶.

Percebe-se a influência do sistema capitalista, com certa dose de promoção social. Isto porque por vezes o rumo é do capitalismo neoliberal, consagrando fundamentos do mercado, e em outras oportunidades o sistema constitucional aponta para o avanço do intervencionismo como elemento de promoção de políticas sociais, configurando, assim, o modelo regulador.

Tem-se, não obstante os fundamentos previstos no *caput* do artigo 170 da Constituição, que a finalidade principal da ordem econômica é a satisfação de interesses coletivos, através da promoção da existência digna da pessoa humana¹⁵⁷.

Diante de toda a revolução tecnológica e dos meios de produção, conjugada como o desenvolvimento econômico, é que se busca erradicar as mazelas decorrentes do desequilíbrio na distribuição de riqueza para a promoção de justiça social, ainda que o sistema seja capitalista.

¹⁵⁶ Artigo 170.

¹⁵⁷ Ver item 3.1.2. deste Capítulo.

O que pode parecer antagônico (capitalismo e liberdade de iniciativa x justiça social), na verdade a Constituição contempla como parâmetros a serem seguidos, não só pelo Estado, mas como por todos os agentes econômicos que compõem a cadeia produtiva¹⁵⁸.

Desta forma, os fundamentos constitucionais da ordem econômica consistem em possibilitar que a coletividade possa satisfazer suas necessidades básicas, ainda que inseridos em um modelo de mercado que prevê a liberdade de iniciativa, cabendo ao Estado regular as atividades para que este objetivo possa ser alcançado.

O aspecto constitucional da regulação se verifica como um sistema de equilíbrio entre os inúmeros aspectos descritos.

Assim bem sintetiza Floriano de Azevedo MARQUES NETO:

“Em suma, a Constituição atribui ao Estado competência para exercer o papel de agente regulador da economia. Porém, tal competência admite infinitos matizes. Variará conforme a combinação dos vetores de regulação setorial (quando houver) com a regulação geral (sempre incidente, em maior ou menor grau, conforme a relevância econômica do setor e os interesses envolvidos). Variará de abrangência e de intensidade, conforme se houver, respectivamente, o legislador (a quem compete prever a incidência de uma determinada carga regulatória específica) e agente regulador (a quem competirá manejar os instrumentos regulatórios colocados à sua disposição pelo legislador, sopesando em cada momento, o grau de incidência regulatória necessário à situação e aos objetivos da regulação).”¹⁵⁹

A ordem social e a ordem econômica se completam, sendo que eventuais conflitos são resolvidos pelos próprios princípios unificadores da ordem jurídica em termos gerais¹⁶⁰. Washington Peluso Albino de SOUZA, embora defenda a caracterização de uma Constituição Econômica, admite este fenômeno de

¹⁵⁸ Ocorre que o Brasil “(...) *demudou radicalmente em termos econômicos (...); o país está mais complexo econômica e tecnologicamente. (...) A vida econômica e social continua num cenário de caos*” (cf. Luís MIR, *Guerra Civil: Estado e Trauma*, p. 225 e 279).

¹⁵⁹ *Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal*, p. 76.

¹⁶⁰ VIDIGAL, Geraldo. *Teoria Geral do Direito Econômico*, p. 82.

interação do econômico com outros fatores não-econômicos, o que chama de “(...) *simbiose ideológica da ‘Ordem Jurídico-Político-Econômica’*”¹⁶¹.

Mas mesmo atualmente, em que a ordem econômica assume posição de destaque no mundo globalizado, sua função deve ser sempre a busca do avanço contínuo da sociedade como um todo, e não apenas uma pequena parcela, devendo o Estado assumir a função de regular e ordenar as atividades produtivas, assegurando o desenvolvimento nacional¹⁶².

3.2.1. Os ditames da justiça social

A Constituição estabelece que a ordem econômica deve observar os ditames da justiça social¹⁶³. Verifique-se, porque oportuno, a lição de Pinto FERREIRA:

“A justiça social deve ficar relacionada a uma idéia de conotação mais íntima com as reivindicações dos direitos humanos, abrangendo também os direitos econômicos e sociais e o respeito à pessoa humana. A justiça social identifica-se com o bem comum, como finalidade da ordem econômica.”¹⁶⁴

A motivação da justiça social consiste nas disparidades verificadas na sociedade, não só no aspecto econômico e social, mas de todos aqueles elementos mínimos e necessários para uma existência digna.

E os ditames da justiça social não são incompatíveis com os aspectos da economia de mercado, porque a própria ordem econômica é instrumento para reduzir desigualdades e fornecer meios para a melhoria das condições de vida em comum¹⁶⁵.

E mesmo quando o processo econômico e produtivo venha a ocasionar desigualdades que possam ir contra aos ideais de justiça social, cabe ao Estado a

¹⁶¹ *Teoria da Constituição Econômica*, p. 19.

¹⁶² SCAFF, Fernando Facury. *A Constituição Econômica Brasileira em Seus 15 Anos*, p. 100/101. O autor cita especificamente os fundamentos do artigo 3º da Constituição da República.

¹⁶³ Artigo 170.

¹⁶⁴ *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 243.

¹⁶⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; Martins, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*, vol. 7, p. 18.

função de atuar como ente capaz de corrigir as discrepâncias verificadas. Aliás, a Constituição não prevê somente a disciplina jurídica da ordem econômica e financeira, mas também da ordem social¹⁶⁶.

Assim, não há contraponto entre o econômico e social, mas uma integração entre estas duas ordens, para que as adversidades sociais podem ser minimizadas ou supridas através do desenvolvimento econômico das classes menos favorecidas, cabendo ao Estado o papel de promover e regular este equilíbrio.

A partir do aprimoramento das condições econômicas das camadas desfavorecidas, existe a possibilidade de elevação dos níveis da qualidade de vida da população em diversos aspectos de sua existência.

No contexto constitucional, a justiça social representa e assume conteúdo ideológico, significando que devem ser superadas as desigualdades que possam decorrer da economia de mercado, já que a ordem econômica deve ser baseada nos ditames da justiça social, mas que não são contestadas pelos defensores do capitalismo¹⁶⁷.

3.2.2. Defesa do consumidor e livre concorrência

A ordem econômica está baseada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e tem como finalidade assegurar a dignidade da pessoa humana conforme os ditames da justiça social, com a observância de determinados limites constitucionais¹⁶⁸.

O trabalho humano é sustentáculo da ordem econômica e sua valorização enseja remuneração adequada para atender as necessidades básicas do trabalhador, além de ser meio para diminuir os contrastes sociais.

¹⁶⁶ Artigos 193 e seguintes da Constituição da República.

¹⁶⁷ Cf. Eros Roberto GRAU, citando Geraldo VIDIGAL, op. cit., p. 224.

¹⁶⁸ Artigo 170 da Constituição da República.

Além disso, a livre iniciativa também constitui fundamento da ordem econômica, mas que, por outro lado, baseia o regime de mercado. Diante da livre iniciativa, existe a necessidade de certa medida de regulação estatal sobre a ordem econômica, para que sejam observadas a concorrência e a defesa do consumidor e das relações de consumo.

A concorrência¹⁶⁹ prevê a disputa dos agentes do setor econômico em condições de igualdade e com objetivos lícitos, visando melhor colocação no mercado de consumo. Já a defesa do consumidor, prevista em duas oportunidades na Constituição¹⁷⁰, é necessária para combater abusos por parte dos que detêm superioridade nas relações de consumo.

A livre concorrência, ao contrário dos monopólios, é da essência do sistema capitalista de mercado, pela diversidade de agentes da cadeia produtiva, sejam fornecedores de bens ou prestadores de serviços, implementando a competitividade entre os empreendedores. Por força disso, os agentes econômicos são impelidos a oferecer bens e serviços de qualidade e com preços compatíveis.

Contudo, diante da atividade regulatória, a concorrência, além de ser consequência do que livremente é adotado pelo mercado, também decorre das normas de política econômica do Estado. É o regime normativo da defesa da livre concorrência que regula o mercado, autorizado constitucionalmente para eliminar e corrigir eventuais falhas e distorções.

Na verdade, quando a Constituição prevê a livre concorrência como orientadora da ordem econômica, quer promover a defesa da própria concorrência.

Quando exercida de maneira adequada, a concorrência seleciona naturalmente os agentes econômicos mais capazes e eficientes, e que satisfazem com eficiência as necessidades dos consumidores através de preços compatíveis.

A defesa da concorrência é um objetivo de política econômica, sendo o processo pelo qual bens circulam no mercado e serviços são disponibilizados, e que exige a mais ampla informação aos produtores e consumidores, para que possam livremente exercer suas preferências.

¹⁶⁹ Sobre o sistema de proteção da concorrência, ver item 6.2.3. do Capítulo 6.

¹⁷⁰ Artigo 5º, inciso XXXII e artigo 170, inciso V, ambos da Constituição da República.

De outro lado, a Constituição contempla a defesa do consumidor¹⁷¹, que acaba por se tornar a defesa das próprias relações de consumo.

Atualmente, produção e consumo ocorrem em larga escala, o que sujeita os consumidores a produtos previamente concebidos e elaborados, além de assumirem uma posição passiva em relação à propaganda.

Isto evidencia o potencial lesivo aos interesses dos consumidores e que, até o advento da nova ordem constitucional e posterior edição da Lei nº 8.078/1990¹⁷², não possuíam instrumentos suficientes para a tutela das relações decorrentes do mercado de consumo. E o sistema de produção em série, aliado ao consumo em massa, tendem, inevitavelmente, a apresentar defeitos nos bens e serviços, além de se verificar o desequilíbrio entre produtor/fornecedor e consumidor.

Assim, a livre concorrência e a defesa do consumidor estão amparadas constitucionalmente, como fundamentos da ordem econômica.

3.2.3. Proteção do meio ambiente

É evidente e atual necessidade de proteção ambiental para a manutenção da qualidade de vida. Algumas das conseqüências da degradação ambiental operam efeitos que já são sentidos pela sociedade. Isto exige que o desenvolvimento econômico seja compatível com a utilização racional dos recursos naturais¹⁷³, de forma que o ambiente possa ser preservado.

Tal perspectiva impõe ao Estado a função de buscar meios eficientes na implementação de políticas de regulação e proteção ambiental. Com a

¹⁷¹ Sobre o sistema de proteção das relações de consumo, ver item 6.2.3. do Capítulo 6.

¹⁷² Código de Proteção e Defesa do Consumidor – CDC.

¹⁷³ Fábio Konder COMPARATO alerta para o consumo indiscriminado de recursos naturais não renováveis, apontando o exemplo dos Estados Unidos que, embora com somente 5% da população mundial, consome aproximadamente um terço destes recursos (*Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno*, p. 627/628).

promulgação da Constituição República de 1988 surgem inovações na tutela ambiental.

Antes, predominava o caráter punitivo, através da aplicação de sanções penais, civis e administrativas no aspecto individual. Este sistema se revelou deficiente na tutela dos interesses difusos e coletivos, especialmente naqueles voltados para a proteção do direito ao meio ambiente equilibrado.

Essa crescente preocupação demandava instrumentos mais eficazes e céleres para conciliar preservação ambiental e desenvolvimento econômico sustentável.

Desta forma, o Estado passa a exigir condutas desejadas, limitando a atividade econômica à observância da proteção ambiental, tomando as necessárias medidas administrativas para evitar a degradação indiscriminada dos recursos naturais.

Embora a degradação ambiental seja um fato que surgiu juntamente com a humanidade, a conservação do ambiente é uma preocupação recente. Somente a partir da Conferência de Estocolmo em 1972, é que se consolidou uma consciência mundial de preservação ambiental, culminando com a Declaração do Rio em 1992.

A Constituição da República de 1988 já havia incorporado a necessidade de que o desenvolvimento econômico observe a implementação de políticas ambientais, conforme dispõe o inciso VI de seu artigo 170, impondo ao Estado o papel de agente regulador também neste aspecto.

Esta regulação por parte do Estado quanto à preservação ambiental como pressuposto para o exercício de atividades econômicas, está intimamente relacionada com a necessidade de uma política de preservação ambiental visando desenvolvimento sustentável.

Com o advento da Lei nº 9.605/1998, a denominada Lei de Crimes contra o Meio Ambiente, foram inseridas no ordenamento jurídico pátrio sanções administrativas, penais e civis aos responsáveis por danos ambientais, sejam pessoas naturais ou jurídicas, com supedâneo no § 3º, do artigo 225 da Constituição.

A Constituição assegura que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida. Por isso, é que o bem ambiental insere-se na categoria dos direitos difusos, vez que não há como identificar seu titular, bem como não é passível de divisão¹⁷⁴.

Assim, mesmo que haja dificuldade em se conceituar o que seria o dano ambiental¹⁷⁵, pode-se afirmar que qualquer lesão ao meio ambiente ecologicamente equilibrado configura infração passível de uma sanção prevista na legislação específica.

Se o dano é toda lesão causada a um bem jurídico tutelado, o dano ambiental é aquela agressão causada ao meio ambiente. E para a reparação deste dano é necessário demonstrar a responsabilidade do infrator, que poderá ser sancionado pelas esferas civil, penal ou administrativa¹⁷⁶.

A responsabilidade civil por dano ambiental é objetiva, ou seja, deve ser comprovado o nexo entre a conduta do agente e o dano ambiental verificado, independentemente se o infrator agiu com culpa ou dolo. Assim, todo aquele que desenvolver atividade potencialmente poluidora, assume os riscos pelos danos ambientais que possam ocorrer, ficando obrigado a repará-los, sem prejuízo das sanções penais e administrativas que possam advir do evento danoso.

A Lei nº 9.605/1998 tipificou as condutas lesivas ao meio ambiente, com a intenção de prevenir e punir tais comportamentos. E ainda que a Lei nº 9.605/1998 tenha cunho penal, privilegiou o caráter reparatório do dano ambiental, tanto que prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica neste sentido¹⁷⁷.

Por sua vez, a responsabilidade administrativa prevê a cominação e a aplicação de sanções, que podem ser pecuniárias ou limitadoras de direitos, toda vez que o infrator pratique uma conduta contrária ao ordenamento jurídico, causando um dano ambiental.

¹⁷⁴ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*, p. 30/31.

¹⁷⁵ FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito Administrativo e Meio Ambiente*, p. 22/23.

¹⁷⁶ SIRVINSKAS, Luís Paulo, op. cit., p. 101/102.

¹⁷⁷ FREITAS, Vladimir Passos de, op. cit., p. 29.

Assim, verificado o dano ambiental e apurada a responsabilidade, o infrator estará sujeito às sanções decorrentes da lei. As infrações ambientais são todas aquelas condutas lesivas previstas na legislação como antijurídicas, capazes de ensejar a responsabilização do agente, com a aplicação de sanções que podem, portanto, ser civis, penais ou administrativas.

Um instrumento de conscientização e implementação de políticas ambientais, que é incipiente e pouco utilizado no Brasil, já que se restringe a alguns poucos casos, como a Contribuição de Intervenção sobre o Domínio Econômico instituída pelo § 4º, do artigo 177 da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 33/2001, é a tributação ambientalmente orientada.

A tributação ambiental surge como um instrumento viável para aumentar a eficiência econômica de forma sustentada, não devendo, portanto, ser utilizada para fins meramente arrecadatórios.

Os tributos ambientais são pouco utilizados no Brasil, o que exige a busca de fontes no direito comparado, principalmente nos países da União Européia e nos Estados Unidos da América, onde já existe uma experiência anterior e efetiva das denominadas *green taxes*, ou seja, os tributos verdes.

Neste contexto, o tributo pode ser considerado um instrumento de regulação do Estado para a proteção do meio ambiente, já que o princípio do poluidor pagador tem sua aplicação na tributação ambientalmente orientada, exigindo uma compensação dos contribuintes potencialmente poluidores.

Contudo, é necessário verificar de que modo é possível adequar a tributação como instrumento de proteção ambiental diante das limitações ao poder de tributar e, ainda, seus impactos como instrumento de regulação do domínio econômico devem ser considerados.

Assim, mesmo que o Direito Tributário possa ser utilizado como instrumento de implementação de políticas ambientais, não deve ser reduzido a mero meio para atingir tal fim, com a mitigação de princípios, como a legalidade e a capacidade contributiva, o que certamente não atende à segurança nem à certeza jurídica.

Destaque-se que a questão não se cinge à simples instituição de tributos ambientais. O direito comparado vem demonstrando que a proteção ambiental também é eficiente quando são concedidos benefícios fiscais aos contribuintes que possuam efetiva política de gestão ambiental e departamentos de ambiência.

De toda sorte, é possível que a tributação ambiental venha reorientar a atividade produtiva, pois visa *internalizar* (neologismo norte-americano) os custos ambientais, que significa transferir para o custo da produção o montante exigido pela reparação do dano ambiental causado.

Cabe ressaltar que o Estado, no exercício de suas competências, pode, nos termos da Constituição, editar inúmeras regras¹⁷⁸ de proteção ao meio ambiente. A atividade regulatória, em relação ao meio ambiente, justifica-se pela necessidade de maior consciência de que os recursos naturais disponíveis são limitados¹⁷⁹.

3.3. Atuação do Estado no domínio econômico

Houve um tempo em que ao Estado não era permitido interferir na economia, restando-lhe a função de promover a ordem e a segurança, além de tutelar direitos. Mas o insucesso do modelo liberal pleno mudou esta perspectiva de abstenção e neutralidade estatal.

O Estado assume outra postura. De mero agente conformador de conflitos, o Estado moderno passa ser instrumento para promover políticas públicas e para isso necessita atuar sobre a economia¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Regina Maria Macedo Nery FERRARI classifica essas regras como sendo: de garantia, de competência, gerais e específicas. Independentemente da forma de tais regras, todas estão voltadas para estabelecer metas para que o Estado e a sociedade preservem o meio ambiente. Ao Estado, especificamente, cabe o encargo de proteger e defender o meio ambiente não podendo, portanto, omitir-se desta função, devendo tomar medidas para a preservação ambiental (*A Defesa e a Proteção do Meio Ambiente no Contexto da Federação Brasileira*, p. 268/270).

¹⁷⁹ Neste sentido, afirma Mariella Saetone MONTERO, professora de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Uruguai que entre as novas atribuições do Estado, estão “(...) a proteção e regulação do meio ambiente” (*Marco normativo de la proteccion del medio ambiente em nuestro Derecho Positivo*, p. 479 e 491).

¹⁸⁰ Registre-se a nota histórica de que em Portugal já na Cúria de Coimbra de 1211 houve um *pacote legislativo* de D. Afonso II, com considerável número de normas relacionadas à atividade

A atuação¹⁸¹ do Estado na economia tem caráter excepcional e somente é possível nos casos em que a Constituição autorizar¹⁸². Nestes casos, o Estado interfere em campos próprios da iniciativa privada, atuando de maneira direta e indireta na exploração de determinada atividade econômica¹⁸³.

Por outro lado, o Estado atua como agente normativo e regulador da atividade econômica¹⁸⁴ e ¹⁸⁵, tarefa na qual realiza uma análise das condições sócio-econômicas, para então fiscalizar e controlar determinados setores que precisam ser regulados¹⁸⁶.

É o Estado Regulador que tem a função de disciplinar o exercício da atividade econômica, exercendo funções de fiscalização, incentivo e planejamento. No modelo regulador, o Estado atua de maneira indireta sobre a ordem econômica, com a imposição de normas para reprimir e coibir abusos e distorções¹⁸⁷ e também para promover medidas de cunho social¹⁸⁸.

De outro lado, há que se considerar que os serviços públicos¹⁸⁹ sofrem grande incidência regulatória, com a aplicação de inúmeras regras para a

econômica e nas Ordenações Afonsinas (1446/1447), foram constatadas outras várias normas de cunho econômico sobre produção, preços, moeda e outros itens (cf. Paulo OTERO, *Origem da Intervenção Econômica do Estado em Portugal: Notas para uma História do Direito Público da Economia*, p. 170).

¹⁸¹ Eros Roberto GRAU adota o vocábulo *intervenção*, entendendo que se trata da terminologia mais adequada para indicar precisamente “*atuação em área de outrem*” (op. cit., p. 93).

¹⁸² Artigo 173 da Constituição da República.

¹⁸³ BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*, p. 66.

¹⁸⁴ Artigo 174 da Constituição da República.

¹⁸⁵ Paulo Henrique Rocha SCOTT entende que há uma síntese entre a função normativa e reguladora do Estado sobre a economia, cujo significado está voltado para os valores constitucionais fundamentais, decorrendo uma terceira função do Estado, qual seja, a de agente *normalizador* da atividade econômica, no sentido de que se volte ao estado normal, à normalidade, ao habitual, à ordem (*Direito Constitucional Econômico: Estado e Normalização da Economia*, p. 119/121).

¹⁸⁶ Na França, ainda que reconhecida a necessidade de atuação do Estado no domínio econômico, esta interferência deve observar a autonomia da vontade dos particulares, devido ao caráter liberal da Constituição de 1958 (cf. Marc FRANGI, *Constitution et Droit Privé: Lês Droits Individuels et lês Droit Economiques*, p. 160).

¹⁸⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 753.

¹⁸⁸ Em países desenvolvidos, a medidas de política econômica do Estado apresentam outros focos. Estão voltadas para promover o crescimento econômico sustentado, assegurar pleno emprego dos fatores de produção, em especial a mão-de-obra, assegurar a estabilidade dos preços e para garantir equilíbrio na balança de pagamentos (cf. Américo Luís MARTINS DA SILVA, *Introdução ao Direito Econômico*, p. 205/207).

¹⁸⁹ Feita a ressalva de que na doutrina existem divergências se a prestação de serviços públicos é exercício de atividade econômica ou não.

prestação do serviço, que pode ocorrer de maneira direta pelo Estado ou em regime de concessão¹⁹⁰.

3.4. Considerações finais

Diante dos ditames constitucionais sobre a ordem econômica e social, o Estado não pode assumir uma postura de neutralidade. As regras e os princípios da Constituição sobre a dignidade da pessoa humana, promoção de justiça social, proteção da concorrência e das relações de consumo e proteção do meio ambiente, demonstram esta necessidade de atuação específica do Estado.

A Constituição prega a conciliação entre o econômico e o social para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária¹⁹¹. É o caráter dirigente e conformador da Constituição, que visa promover a transformação da sociedade, com a adoção de políticas públicas para garantir o desenvolvimento nacional¹⁹².

Sob a égide da Constituição, a atividade regulatória se verifica “(...) mediante um controle de equilíbrio entre a lógica concorrencial (*rentabilidade*) e a lógica social (*solidariedade*)”¹⁹³. E isto ocorre na medida em que o Estado atua para promover justiça social e também quando protege o meio ambiente, não se limitando a corrigir falhas do mercado e reprimir abusos na atividade econômica.

A atividade regulatória do Estado, no contexto constitucional, não pode dissociar o econômico do social, nem o contrário. Aliás, a convergência destes fatores é que legitima suas competências regulatórias, pois na verdade acabar por conciliar diversos fatores necessários para atingir a dignidade da pessoa humana¹⁹⁴, premissa superior das atividades estatais e privadas.

¹⁹⁰ Mais sobre regulação e serviços públicos no item 6.2.4. do Capítulo 6.

¹⁹¹ Artigo 3º, inciso I da Constituição da República.

¹⁹² GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 215.

¹⁹³ GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado*, p. 191.

¹⁹⁴ GABARDO, Emerson, op. cit., p. 192.

4. A REGULAÇÃO E O DIREITO REGULATÓRIO

O avanço das relações humanas exige do Estado uma nova forma de atuação. As novas tendências da sociedade contemporânea, aliadas a crise do Estado do Bem-Estar, produzem alterações na forma de atuação estatal. Exige-se mais da competência normativa do Estado, surgindo uma forma de atuação específica, conhecida por *regulação*¹⁹⁵.

Surge o Direito Regulatório, que indica “(...) *o conjunto de princípios e normas jurídicas por meio das quais se exterioriza uma função estatal diferenciada, consistente na regulação*”¹⁹⁶, que por sua vez difere das funções estatais tradicionais.

4.1. Origem

A gênese do Direito Regulatório se confunde com a própria evolução do conceito de Estado¹⁹⁷, em que se verificou uma transição da interferência estatal profunda sobre as relações privadas, em especial nas atividades econômicas, para uma atuação ordenadora.

Por outro lado, e em decorrência do surgimento de um novo modelo de Estado, o surgimento do Direito Regulatório também coincide com a evolução do próprio Direito Administrativo, na medida em que este sofre uma sensível atualização decorrente dessa transição e dos novos fenômenos sócio-econômicos da sociedade globalizada.

¹⁹⁵ JUSTEN FILHO. Marçal. *O Direito Regulatório*, p. 350.

¹⁹⁶ Idem.

¹⁹⁷ Ver item 2.1. do Capítulo 2.

Por isso é que Marcos Juruena Villela SOUTO adota a denominação *Direito Administrativo Regulatório*, sendo que o autor assim justifica tal nomenclatura:

“A necessidade de regular as atividades em que o setor privado substituiu ou ocupou espaços não atendidos pelo público, bem como aquelas de interesse econômico geral acarretou o surgimento de novas estruturas administrativas e de novas categorias de normas, respectivamente, as agências reguladoras e as normas regulatórias.”¹⁹⁸

Contudo, reconhecer a existência do Direito Regulatório não lhe confere autonomia para ser entendido como ramo autônomo. O destaque que dimensiona o interesse específico pelo Direito Regulatório decorre da sua relevância enquanto parte do Direito Administrativo, o que designa uma disciplina a parte por conveniência didática¹⁹⁹.

Mas isto não reduz a importância do Direito Regulatório e do fenômeno da regulação. Destacado do Direito Administrativo, o Direito Regulatório envolve aspectos políticos, econômicos, sociais e jurídicos para sua análise²⁰⁰.

Pode-se dizer que, devido à especialidade da regulação, o Direito Regulatório surge com uma necessidade, considerando a complexidade das relações sociais e econômicas envolvidas no processo regulador. Por isso é que o desenvolvimento e exercício da atividade regulatória do Estado²⁰¹ exige conhecimento profundo de determinadas áreas, não só do ramo jurídico.

Ao conjunto de normas específicas de controle público sobre determinadas atividades privadas de interesse público pode-se denominar de *Direito Regulatório*. Através do Direito Regulatório o Estado cuida de estabelecer regras para controlar e fiscalizar atividades de interesse público.

O Direito Regulatório é uma especialização do Direito Administrativo e que deve, portanto, observar os limites do sistema jurídico.

¹⁹⁸ *Direito Administrativo Regulatório*, p. 20.

¹⁹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Público*, p. 384.

²⁰⁰ Estes aspectos serão abordados no decorrer deste Capítulo.

²⁰¹ Ver Capítulo 6.

Essas são as características do Direito Regulatório, que surge para condicionar e disciplinar determinadas áreas da atuação privada, mas inserido e integrado ao ordenamento jurídico²⁰².

4.1.1. O modelo anglo-saxão

O atual modelo regulador difere da tradição de administração centralizada que até então se verificava em inúmeros países²⁰³. O desenvolvimento do Direito Regulatório está inspirado no modelo anglo-saxão²⁰⁴, que evoluiu para a administração independente adotada nos Estados Unidos da América e na Inglaterra.

Nas administrações centralizadas há distribuição prévia de competências, divisão de poderes em diversas esferas de governo, questões procedimentais e burocráticas, o que, a princípio, não comportaria uma atuação independente e desvinculada do poder político central.

Na Inglaterra, onde não há Constituição escrita nem regra formal sobre a divisão de poderes, a administração independente é uma decorrência natural do modelo adotado para uma gestão neutra e profissional.

Há também uma causa histórica para que a administração na Inglaterra seja menos burocrática e centralizada. A implantação do modelo independente na Inglaterra respeitou movimentos sociais, categorias profissionais e a aristocracia local. Isto evitou traumas na transição, o que contribuiu para inibir a burocratização e para incentivar a criação de órgãos locais especializados. Em meados do século

²⁰² MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro*, p. 124/124.

²⁰³ Em especial nos países da América Latina e nos países da Europa continental.

²⁰⁴ Ao contrário dos países da Europa continental, os ingleses não vêem o Direito Administrativo como Direito, relegando-lhe importância. E os norte-americanos o censuram por ser muito pouco *administrativo*. Assim, o Direito Administrativo descritivo de origem francesa não está integrado ao *administrative law* anglo-saxão (cf. Jean RIVERO, *Curso de Direito Administrativo Comparado: (1954-1955)*, p. 35).

XIX, surge na Inglaterra o *civil service*, estruturas menores e destacadas do governo central para servir às comunidades locais²⁰⁵.

Também não há na Inglaterra estruturas administrativas rígidas. Nem mesmo os ministérios ingleses se assemelham aos órgãos correspondentes da Europa continental. Isto porque existem departamentos especializados e com certa autonomia do poder central, tendo competências locais variadas, que recebem várias denominações: *comission, office, consell, corporation, board, authority, assotiation, centre*²⁰⁶. Estas estruturas eram compostas por profissionais especializados de diversas áreas, que, por sua vez, estabeleciam critérios e regras sobre diversas atividades que eram exercidas.

Por influência da colonização inglesa, esta tradição também é transferida para os Estados Unidos da América. Entretanto, ao contrário da situação inglesa, em que se apresentam inúmeros organismos dispersos, os Estados Unidos adota um modelo mais homogêneo e regular em torno de uma organização criada pelo Congresso, com estruturas destinadas a regular determinados setores.

Tais estruturas são organismos colegiados, cujos membros não podem ser livremente exonerados, conferindo o caráter de administração independente. E foi nos Estados Unidos, com a criação da *Interstate Commerce Commission – ICC*, que surge o modelo regulador na forma em que é atualmente conhecido.

A *ICC* foi criada em 1887 devido a necessidade de regular as disputas que estavam acontecendo entre os operadores de transporte ferroviário como os produtores rurais, no que tange ao valor das tarifas para transportar cereais²⁰⁷. A *ICC* é considerada a primeira agência independente dos Estados Unidos²⁰⁸, dotada de autonomia para regular com força normativa os transportes ferroviários.

²⁰⁵ VÁZQUEZ, J. Ramón Parada. *Administraciones Independientes y Estado Regulador*, p. 133.

²⁰⁶ Estas estruturas são conhecidas como *quangos* (*quase-autonomous non governmental organizations*) (cf. J. Ramón Parada VÁZQUEZ, op. cit., p. 133).

²⁰⁷ TÁCITO, Caio *apud* MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão*, p. 120.

²⁰⁸ Após, inúmeras outras agências foram criadas nos Estados Unidos: *Federal Trade Commission* (agência anti-monopólio), *Federal Power Commission* (agência das telecomunicações), *Securities and Exchange Commission* (agência de controle do mercado financeiro), *Civil Aeronautic Board* (agência da aviação) entre outras (cf. E. Pendleton HERRING, *Public Administration and the Public Interest*, p. 108/109).

A criação das agências independentes nos Estados Unidos significa o marco inicial da criação de estruturas de controle de diversos setores, em especial para a regulação das atividades de utilidade pública na metade do século XIX²⁰⁹.

Após esta fase inicial, o modelo regulatório norte-americano passa por mudanças. Devido à época da depressão econômica nos Estados Unidos, o presidente Franklin Roosevelt promoveu, durante seu mandato, inúmeras medidas para conter a profunda recessão que assolava o país.

O presidente norte-americano lançou o *New Deal*, programa de reestruturação sócio-econômica dos Estados Unidos, em que a regulação se deu pela intensa interferência sobre a economia.

A economia norte-americana, até então caracterizada pelo liberalismo, passa a receber medidas interventivas, com atuação marcante das agências, o que levou a uma discussão bastante intensa no Poder Judiciário dos Estados Unidos²¹⁰.

Após o debate travado no âmbito da Suprema Corte norte-americana, foi editado, em 1946, o *Administrative Procedural Act – APA*²¹¹, que tinha como finalidade uniformizar e legitimar os procedimentos adotados pelas agências.

O que se viu depois da edição do *APA*, foi uma harmonização dos procedimentos das agências, que passaram a atuar com critérios definidos, em uma evolução que consolida o modelo regulatório norte-americano atual, controlando as agências de maneira adequada, vez que garante a independência e autonomia do sistema.

4.1.2. O modelo dos países da Europa continental

²⁰⁹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*, p. 54/55. O autor ressalva que as *public utilities* norte-americanas não se confundem com o conceito de serviço público concebido na França.

²¹⁰ Inúmeros foram os casos submetidos à apreciação da Suprema Corte Norte-americana, que levaram a uma ampla reforma administrativa no país, com o surgimento de agências reguladoras, que exercem suas competências regulatórias de forma técnica e com independência. Outra questão decidida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, foi o reconhecimento da possibilidade da delegação por lei das competências normativas para as agências, desde que especificados os parâmetros dos poderes que serão exercidos pelo órgão regulador (cf. Paulo Roberto Ferreira MOTTA, op. cit., p. 63/64 e cf. Conrado Hübner MENDES, op. cit., p. 122).

²¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 61.

Em inúmeros países europeus²¹² já se verificava o surgimento de entidades independentes dotadas de competências regulatórias, antes mesmo da formação do que atualmente é a União Européia.

O surgimento de organismos independentes internos nos países europeus se acentuou como uma decorrência própria da política comunitária²¹³. Isto porque muitas das atividades dos países integrantes da União Européia passaram a ser reguladas.

Ao contrário da América Latina, não houve privatização na União Européia, mas a quebra de monopólios estatais, para que a iniciativa privada passasse a explorar, em regime de competição, atividades que até então exercidas pelo Estado^{214 e 215}.

As primeiras autoridades administrativas independentes européias surgem na França, sendo que em 1978 é criada a *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés - CNIL*²¹⁶, que tinha atribuição consultiva e decisória sobre determinadas atividades. Tal entidade tinha garantia de autonomia financeira, não estando, portanto, sujeita a lei francesa de controle financeiro, e seus membros tinham garantia de inamovibilidade²¹⁷.

²¹² Registre-se o dado de que a ex-União Soviética tem uma tradição administrativa que se aproxima mais da francesa do que do modelo anglo-saxão. Por sua vez a ex-União Soviética exerceu muita influência sobre o sistema administrativo da antiga Iugoslávia. A influência francesa de DUGUIT, HAURIOU, CARRÉ DE MALBERG e GÉNY se espalhou pela Europa, verificando-se na Holanda, Áustria, Itália e Suíça, esta última ainda com toques da doutrina Alemã de VON GNEIST, BLUNTSCHILI e OTTO MAYER (cf. Jean RIVERO, op. cit., p. 37 e 92/93).

²¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 108.

²¹⁴ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira, op. cit., p. 74. O autor esclarece que, de acordo como o Tratado de Roma, a orientação geral é de que a regulação serviu para conceder ampla independência às empresas estatais para melhor concorrer com as do setor privado.

²¹⁵ Mas há que se registrar que o modelo francês, que influenciou inúmeros ordenamentos da Europa continental ocidental, tem características adotadas pelos países da América Latina, em especial no que se refere à delegação dos serviços públicos, ainda que o conceito de serviço público não seja convergente (cf. Jean-François AUBY, *La Délégation de Service Public: Guide pratique*, p. 141 *apud* Phillipe COSSALTER, A “Private Finance Initiative”, p. 177).

²¹⁶ CARDOSO, Henrique Ribeiro, op. cit., p. 122.

²¹⁷ VÁZQUEZ, J. Ramón Parada, op. cit., p. 138/139. O autor ainda menciona outras entidades foram criadas, *v.g.*, Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos – CADA, Comissão Nacional das Comunicações e das liberdades – CNCL, Comissão de Operações na Bolsa – COB.

Estas entidades progressivamente se afastaram do poder central, demonstrando o desuso do sistema de administração central²¹⁸. São organismos compostos por pessoal técnico e capacitado, para preservar a neutralidade e a independência. Mas isto não significa a plenitude destas características, até mesmo por causa da própria função desempenhada pelas autoridades de administração independente²¹⁹.

Ao contrário da França, onde as entidades independentes tinham competências normativas e sancionadoras, na Espanha existem limitações aos poderes dos organismos descentralizados. Convém anotar que a Espanha se organiza como uma federação centralizada²²⁰, em processo inverso ao da União Européia, em que se verifica o crescimento de poderes autônomos²²¹.

Ainda que a *Ley de Entidades Estatales Autónomas* de 1958²²² tenha contemplado as características de autonomia e independência, isto não é absoluto, pois o governo espanhol exerce influência política²²³ sobre tais organismos, que ficam, portanto, vinculados e dependentes da administração central.

Contudo, a Espanha já apresenta uma evolução. A partir da Constituição espanhola de 1978²²⁴, começaram a surgir entidades com funções de regulação econômica, que já não apresentam mais vínculo de dependência com a

²¹⁸ A Itália é um dos países europeus que tem fortes tendências de administração central, o que até mesmo decorre de fatores históricos decorrentes da antiga tradição do Direito Administrativo italiano como, v.g., os apontamentos de Oreste RANELLETTI sobre *L'Amministrazione attiva centrale (Ordinamento Amministrativo dello Stato italiano)*, p. 14/33) e de Donato DONATI sobre *L'Amministrazione diretta dello Stato (Principii Generali di Diritto Amministrativo e Scienza Dell'Amministrazione)*, p. 46/56). Ainda no mesmo sentido cite-se Aldo M. SANDULLI (*Manuale di Diritto Amministrativo*, p. 152) e Giovanni SALEMI (*Corso di Diritto Amministrativo*, p. 247/250). Desviando o foco para a América do Sul, vale conferir que a Argentina enfrentou problemas para adotar a descentralização administrativa, tendo em vista sua forma de organização em províncias e municípios, o que ocasiona significativas diferenças regionais (cf. Rafael BIELSA, *Estudios de Derecho Público*, p. 88/89 e 159).

²¹⁹ Atualmente o governo francês tem uma política específica de regulação tarifária, em especial no quanto à energia elétrica (Commission de Régulation de l'Electricité – CRE), com avanços significativos em benefícios para os usuários/consumidores, tendo em vista o incentivo de usinas eólicas (REPÚBLICA FRANCESA, *La régulation des services publics*).

²²⁰ Vale lembrar que na Espanha existem problemas étnico-políticos, v.g., as regiões da Catalunha e dos povos bascos.

²²¹ VÁZQUEZ, J. Ramón Parada, op. cit., p. 135.

²²² VÁZQUEZ, J. Ramón Parada, op. cit., p. 140.

²²³ V.g. a nomeação e destituição dos dirigentes pelo governo espanhol.

²²⁴ No que tange aos serviços públicos, a Constituição da Espanha de 1978 impõe a criação de formas especiais de organização distinta da legislação espanhola das entidades estatais autônomas, caracterizados por possuir certa independência do poder central.

administração central. E isto foi um reflexo das exigências para a integração da Espanha à União Européia.

Essa foi uma tendência geral adotada na Europa continental, acompanhando o modelo anglo-saxão com algumas ressalvas, em que a atividade regulatória fica a cargo de entidades desvinculadas do poder central.

Os dirigentes das autoridades reguladoras passam a ter garantias²²⁵, sendo que suas atividades não estão mais vinculadas às orientações governamentais e suas decisões assumem caráter definitivo²²⁶, além das entidades possuírem considerável autonomia financeira e de pessoal.

Portugal é mais um membro da União Européia que passa a adotar o modelo regulatória implantado na Europa:

“Também em Portugal essa tendência se tem afirmado, desde há pouco mais de uma década. Depois do Banco de Portugal (entidade reguladora das instituições de crédito), da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) e da Entidade Reguladoras dos Serviços Energéticos (ERSE) – originariamente denominada Entidade Reguladora do Sector Elétrico –, foram posteriormente reconvertidos como autoridades reguladoras independentes alguns organismos preexistentes, como o Instituto dos Seguros de Portugal (ISP) e a Autoridade Nacional das Comunicações (Anacom), antigo Instituto das Comunicações de Portugal (ICP). Acaba também de ser anunciada a criação de uma Autoridade Nacional da Concorrência (ANC), igualmente qualificada como entidade reguladora independente.”²²⁷

Então, o modelo adotado na Europa é o da regulação independente, através de entidades autônomas e com poder normativo, o que até então não ocorria com os órgãos existentes.

²²⁵ Estabilidade de mandato, salvo em caso de falta grave, e autonomia para o exercício de suas funções.

²²⁶ As decisões não podem ser revistas pela administração central, podendo apenas ser discutidas judicialmente.

²²⁷ Cf. Vital MOREIRA e André Matos FORTE (*Por uma Regulação ao Serviço da Economia de Mercado e do Interesse Público: a “Declaração de Condeixa”*, p. 250/251).

4.2. O conceito de regulação

O conceito de regulação envolve inúmeros aspectos e fatores não só jurídicos como também sociais e econômicos, dentre outras variantes. A inovação do conceito está justamente pelo fato da regulação não envolver apenas a característica de estabelecer normas, o que é inerente ao Direito²²⁸, mas por ser mais ampla²²⁹.

O termo inglês *regulation* significa o ato ou processo de controle por regra ou restrição; uma regra ou ordem, tendo força legal, emitido por uma agência administrativa ou um governo local²³⁰.

Do espanhol *regulación e regular*, o significado é de ajustar, medir, arbitrar, moderar²³¹, o que se aproxima do vocábulo em português, que tem a conotação de sujeitar às regras, encaminhar conforme a lei, acertar, ajustar²³².

Regulação é o ato ou efeito de regular através de preceito ou norma, pelo qual se deve reger determinada atividade, indivíduo, coisa ou negócio²³³.

Embora a adoção da expressão regulação seja recente, sua utilização designa uma função estatal que já é própria da administração, qual seja, a de impor limites a determinadas atividades, estabelecendo regras de conduta²³⁴.

Mas ainda assim o conceito de regulação apresenta uma evolução da atividade administrativa, decorrente da própria evolução do conceito de Estado²³⁵.

Assim expõe Glauco Martins GUERRA:

²²⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. *As Agências Reguladoras: O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa*, p. 197.

²²⁹ Marçal JUSTEN FILHO adota a concepção ampla de regulação, para indicar uma competência estatal que vai além dos poderes tradicionais do Estado (*O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 27).

²³⁰ Cf. Bryan A. GARNER, *Black's Law Dictionary*, p. 1289.

²³¹ Cf. Helena B. C. PEREIRA. *Michaelis: pequeno dicionário espanhol-português português-espanhol*, p. 262.

²³² Cf. Aurélio Buarque de HOLANDA FERREIRA. *Minidicionário da Língua Portuguesa*, p. 470.

²³³ REGULAÇÃO. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 64, p. 351.

²³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade*, p. 36. A autora entende que a função reguladora não representa uma novidade, mas uma variação da atividade administrativa.

²³⁵ Ver nota 3 deste Capítulo.

“Todo movimento regulatório, marcado por sua essência jurídica, decorre de uma renovação na extensão da atuação do Estado na ordem normativa vigente, face à reorganização das relações econômicas exigida pelo modelo de exploração capitalista que se mostra predominante, em busca do equilíbrio assecuratório da conjuntura e estruturas sociais, bem como da própria manutenção desse mesmo sistema capitalista de produção.”²³⁶

As atividades do Estado sofreram profundas modificações no século XX, com a redução da máquina administrativa e recuo estatal em determinadas áreas. Isto é inerente à própria concepção regulatória, que prega a subsidiariedade do Estado, reservando-se na função de realizar valores constitucionais fundamentais.

Assim, o Estado se afasta, principalmente, do exercício direto de atividades econômicas, passando a desempenhar a coordenar e regular a exploração econômica dos particulares, sempre em vista do fator dos valores fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana.

Portanto, o conceito de regulação deriva do contexto constitucional, que atribuiu ao Estado o papel de conciliar desenvolvimento econômico e social²³⁷. Regular, na Constituição, significa o poder estatal de condicionar e alterar parâmetros sobre alguns setores de interesses, com a finalidade de corrigir eventuais situações que não se resolvem de maneira natural.

A regulação, como função estatal, serve para fornecer medidas necessárias a setores específicos, considerando que o Estado deve ter poderes adequados para solucionar questões que precisam de uma pronta e rápida resposta por parte do poder público.

Isto não confere à regulação autonomia absoluta, não podendo ser utilizada indiscriminadamente pelo Estado como instrumento ilimitado. Assim como as outras funções administrativas, a regulação tem limites constitucionais e legais²³⁸.

Deve-se destacar, porque oportuno, a ressalva feita por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, de que não se confunde regulação com regulamentação. Para a

²³⁶ *Agências reguladoras no Brasil: princípio da legalidade e regulação*, p. 323.

²³⁷ Eduardo B. KRAUSE entende que, qualquer que seja a conotação do conceito, deve abranger quatro ações: conhecer, conviver, conciliar e decidir sobre as questões decorrentes do poder fiscalizatório do ente regulador (*Agências de Regulação: Conceito, legislação e prática no Brasil*, p. 17).

²³⁸ Ver item 5.4. do Capítulo 5.

autora, a regulação é uma atividade ampla, quanto ao estabelecimento de regras sem vinculação a um ente específico, ao passo que regulamentar envolve ditar condutas através de competência normativa própria do Poder Executivo²³⁹.

No aspecto jurídico, a regulação significa uma atividade administrativa normativa, na qual o Estado, enquanto legitimado como poder constituído, interfere em inúmeros setores privados mediante instrumentos próprios, com a finalidade de atender e harmonizar demandas sociais e econômicas.

Regular é intervir na forma como as atividades privadas se desenvolvem espontaneamente, modificando seu curso natural para atender a um objetivo definido e específico, em que o Estado fixa parâmetros criando uma ordem desejada.

Portanto, regulação é uma atividade mais ampla, que acaba, em alguns casos, por abranger a regulamentação. Regular significa editar regras normativas de ordem geral e regulamentar refere-se especificamente aos regulamentos de competência do Poder Executivo²⁴⁰.

A regulação é, portanto, o conjunto das medidas normativas convencionadas pelo Estado, com a finalidade de controlar o comportamento dos agentes privados, seja através de medidas repressivas, seja através de medidas promocionais e/ou fomentadoras.

Por isso é que a regulação representa o fortalecimento da estrutura administrativa, porquanto exige do Estado o alargamento de suas funções²⁴¹ e de sua atuação frente aos desafios sócio-econômicos da modernidade. A agilidade em que ocorrem as mudanças econômicas, bem como a explosão demográfica, exige do Estado medidas eficientes para a solução dos problemas concretos decorrentes destas situações^{242 e 243}.

²³⁹ *Parcerias na administração pública*, p. 142.

²⁴⁰ ARAUJO, Edmir Netto de. *A aparente autonomia das agências reguladoras*, p. 41.

²⁴¹ O Estado aumenta suas funções, mas não seu aparato.

²⁴² Alexandre Santos de ARAGÃO esclarece que todas estas mudanças ocasionaram alterações substanciais da atuação tradicional do Estado, o que "(...) levou a uma mudança dos paradigmas clássicos do direito moderno, ocorrendo um declínio da lei, com a preponderância da Administração, e a insurgência de políticas públicas concretas, regulamentadas legalmente apenas em seus aspectos gerais". O mesmo autor cita Bernard CHANTEBOUT, que afirma que o "(...) novo papel do Estado é, portanto, admitido por todos, até por aqueles que até então mais tinham se oposto ao aumento das suas prerrogativas" (*Agências Reguladoras*, p. 64).

Segundo Diogo Figueiredo MOREIRA NETO trata-se de “(...) *uma evolução da administração pública em direção a um novo modelo regulatório, politicamente neutro, de solução de conflitos setoriais interprivados (...)*”²⁴⁴.

Assim, regulação permite ao Estado uma atuação mais dinâmica, com a adoção de medidas eficazes para atender demandas concretas, com desapego ao formalismo exacerbado, mas com respeito à ordem jurídica e com a finalidade de atender valores maiores de maneira legitimada.

Pela regulação, o Estado, além dos métodos coercitivos, tende a adotar uma postura de composição. E isto é uma característica própria da *regulation* do modelo anglo-saxão, que confere mais dinâmica ao Estado na sua atuação diante de crises e situações emergenciais que exigem pronta resposta das autoridades constituídas.

A adoção da *regulation* na Inglaterra e nos Estados Unidos logo ocasionou a expansão do modelo para outros países, em especial devido ao êxito em regular não apenas atividades econômicas, como também setores sociais que exigiam maior atenção do Estado²⁴⁵.

Diante de todos estes fatores, conceituar o que seja regulação se tornou um dos desafios enfrentados pela doutrina nacional.

Paulo Roberto FERRIRA MOTTA dedicou-se a analisar fatores históricos e posições de outros autores para assim conceituar a regulação:

“Os aportes antes expostos permitem concluir, e construir o conceito, de que *a regulação nada mais é do que o processo administrativo encetado pela Administração Pública, mediante a observância do regime jurídico de Direito Público, de limitação (mínima, média ou máxima, conforme a opção ideológica do legislador) à liberdade e à propriedade, visando dar funcionalidade e racionalidade ao mercado. Quando direcionada à atividade privada, estabelece*

²⁴³ Existe a necessidade da regulação ser específica e não transitória, contendo, ainda, elementos jurídicos e técnicos capazes de solucionar as situações concretas (cf. Bruno LASSARE, *L'Autorité de régulation des télécommunications (ART)*).

²⁴⁴ Op. cit., p. 390.

²⁴⁵ Embora no setor econômico seja onde se tenha verificado maior aplicação da regulação, setores sociais relevantes, que até então não sofriam nenhum controle, passaram a ser regulados. É o caso, v.g., da saúde suplementar, que por muito tempo sequer tinha algum controle estatal e agora é regulado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (cf. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, op. cit., p. 391).

*um regime de sujeição geral e impõe deveres aos agentes do mercado. Ao revés, quando endereçada aos serviços públicos, constitui um regime de especial sujeição e impõe obrigações aos prestadores e cidadãos-usuários.”*²⁴⁶

O autor ainda assevera que a regulação, por conta da aludida conceituação, assume caráter jurídico e não econômico²⁴⁷.

Por sua vez, Alexandre Santos de ARAGÃO entende que:

“Como conceito decorrente do que até o momento expomos, podemos afirmar que **a regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.**”²⁴⁸ (com destaque no original)

Já Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO entende que o conceito de regulação passa pela verificação dos conceitos de função reguladora e de norma reguladora²⁴⁹. Aliás, sobre função reguladora, Marcos Juruena Villela SOUTO entende que se trata de atender e implementar determinada política pública de maneira eficiente, através de *comandos técnicos*, sejam de caráter normativo, executivo ou judicante²⁵⁰.

Eduardo B. KRAUSE também lança seu conceito:

“*Regulação é o somatório de atos contínuos referentes a prestação dos serviços públicos delegados que se suportam numa relação contratual entre delegante e delegatário, bem como na aproximação de todas as partes envolvidas, buscando o conhecimento, a convivência e a conciliação. Distanciando-se, porém, quando exaurida a mediação, para decidir com absoluta autonomia, isenção e equidistância. A regulação não é somente um ato econômico ou jurídico. Está no*

²⁴⁶ FERREIRA MOTTA, Paulo Roberto. *A Regulação como Instituto Jurídico (Primeira parte)*, p. 209.

²⁴⁷ FERREIRA MOTTA, Paulo Roberto. *A Regulação como Instituto Jurídico (Segunda parte)*, p. 69.

²⁴⁸ Op. cit., p. 37.

²⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, op. cit., p. 391.

²⁵⁰ *Direito Administrativo Regulatório*, p. 37.

*seu cerne o equilíbrio dos contratos, a qualidade dos serviços prestados e a conseqüente satisfação dos usuários.*²⁵¹

De toda sorte, a regulação se caracteriza por ser uma competência estatal diversa daquelas já conhecidas, permitindo ao Estado a busca de fins maiores vinculados ao interesse público, sendo instrumento político fundamental, conforme a *concepção ampla* de Marçal JUSTEN FILHO²⁵².

E está é a concepção que se adota, para conceituar regulação como sendo o meio pelo qual o Estado, utilizando-se de instrumentos próprios e observando os limites do ordenamento jurídico, atua sobre diversas atividades com o objetivo de conjugar e promover desenvolvimento econômico e social, além de outras áreas.

Não se pretende com esse conceito limitar a regulação ou definir de maneira completa e fechada um instituto tão amplo, mas ao menos delimitar o alcance e a aplicação de um instrumento que adquiriu uma força e importância sem igual na atualidade. Tanto que em alguns casos, o modelo regulatório é adotado de maneira global²⁵³.

A regulação nada mais é que uma manifestação do poder estatal, que envolve componentes econômicos, sociais, medidas de fomento, exercício do poder de polícia, fiscalização e orientação da prestação de serviços públicos²⁵⁴.

Na realidade, o conceito de regulação ainda está em evolução, diante das constantes inovações desta nova concepção que levou a uma grande mudança na maneira pela qual atualmente a atuação do Estado é desenvolvida.

4.3.

Breves considerações sobre o contexto regulatório brasileiro

²⁵¹ Op. cit., p. 19.

²⁵² *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 27.

²⁵³ É o caso da regulação internacional da segurança alimentar realizada pela FAO, OMS e OMC (cf. Catarina FRADE e Maria Manuel Leitão MARQUES, *Risco e Segurança Alimentar: da (In)Segurança da Escassez à (In)Segurança da Abundância*, p. 91/92).

²⁵⁴ FONTES, André. *Regulação e Petróleo*, p. 39.

O ordenamento constitucional brasileiro atual adota um modelo em que a ordem econômica está vinculada à ordem social, através da interpretação sistemática da Constituição, em que os ditames da justiça social e o princípio da dignidade da pessoa humana são fatores fundamentais.

Através do novo modelo de atuação estatal por meio da regulação, modelo este que também se verifica no Brasil, o Estado passa a adotar uma postura de ente controlador das atividades reguladas. Esse novo campo de atuação estatal, em áreas até então desconhecidas, exige uma especialização técnica para que o Estado brasileiro possa regular um setor específico.

Por isso é que a regulação no Brasil se amolda como um subsistema jurídico denominado de Direito Regulatório, não como ramo do direito autônomo, mas como uma especialização do Direito Administrativo²⁵⁵.

Após a nova ordem constitucional implementada em 1988, o Estado brasileiro passa por uma mudança significativa na sua forma de atuação, em especial sobre o domínio econômico.

Com a adoção do modelo regulador pelo Brasil, por nítida influência do modelo norte-americano, foi implementado o Plano Nacional de Desestatização, através da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, em que o Estado brasileiro sofre uma profunda reforma administrativa. Os aspectos mais marcantes foram as concessões de serviços públicos e a facilitação do ingresso de capital estrangeiro.

O Estado brasileiro reduziu suas dimensões e sua atuação em atividades econômicas, com a reorganização de suas participações no setor privado. O Estado brasileiro passa a investir em setores estratégicos, em que sua interferência ainda é essencial para o desenvolvimento nacional.

Assim, “(...) desde meados de 1990 o Brasil vem desenvolvendo consistente esforço político e institucional para implantar o modelo constitucional de Estado regulador, com participação estatal indireta”²⁵⁶. Isto vem gerando mudanças sensíveis na atuação estatal brasileira, com o fortalecimento da função reguladora

²⁵⁵ Ressalte-se aqui que a divisão do direito em ramos tem apenas fins didáticos, considerando a unidade do ordenamento jurídico com um todo indissociável, isto sem mencionar eventual discussão sobre a dicotomia entre direito público e privado, por força da atual tendência em reconhecer a publicização do privado e a privatização do público.

²⁵⁶ GUERRA, Sérgio. *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*, p. 59.

e diminuição da participação do Estado em atividades econômicas e na prestação de alguns serviços.

Sérgio GUERRA assevera que o “(...) o Governo, assim, cedeu controle e capacidade decisória em troca de credibilidade e estabilidade, demonstrando com isso que a regulação deixava de ser assunto de governo para ser assunto de Estado”²⁵⁷.

No contexto brasileiro, a regulação ainda assume ares de novidade, razão pela qual ainda não se consolidou uma teorização sobre o tema²⁵⁸. Mas isto não significa que o ordenamento jurídico pátrio não esteja apto a proporcionar ao Estado brasileiro condições de exercer funções regulatórias, até mesmo porque muitos instrumentos e competências inerentes à regulação já existiam, havendo uma mudança de enfoque decorrente da nova realidade econômica e social²⁵⁹.

4.4. Tendências atuais da regulação

Pelo modelo regulador o Estado deve concentrar seus esforços em funções de fiscalização e ordenação, em que o poder central cede capacidade decisória para entidades especializadas. Isto não representa uma neutralidade absoluta do Estado, pois em alguns setores, que não são alcançados pela regulação, exige-se a sua presença direta²⁶⁰.

A regulação não é um fim em si mesmo²⁶¹ e tem como finalidade principal o atendimento de políticas públicas fundamentadas em interesses coletivos legítimos²⁶². E tais interesses não são apenas econômicos. Isto significaria uma

²⁵⁷ GUERRA, Sérgio. *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*, p. 60.

²⁵⁸ ALMEIDA, Fernando dias Menezes de. *Considerações sobre a “Regulação” no Direito Positivo Brasileiro*, p. 87.

²⁵⁹ Idem.

²⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. *O Discurso Neoliberal e a Teoria da Regulação*, p. 74/75.

²⁶¹ MOREIRA, Vital; FORTE, André Matos. *Por uma Regulação ao Serviço da Economia de Mercado e do Interesse Público: a “Declaração de Condeixa”*, p. 256/257.

²⁶² Políticas públicas entendidas como sendo a “(...) idéia de planejamento, com identificação das carências e das expectativas que a sociedade espera ver atendidas pelo Estado” (cf. Marcos Juruena Villela SOUTO, *Agências Reguladoras*, p. 182/183).

visão reducionista da regulação, limitando um instrumento que também visa concretizar valores fundamentais, sejam econômicos ou não²⁶³.

A tendência da regulação é alcançar outros domínios, afastando a concepção restritiva do mecanismo²⁶⁴. Setores que até então não eram objeto de regulação, tendem a receber controle estatal. A regulação não se limita a determinado setor, mas constitui um conjunto de procedimentos e soluções abrangentes e sistêmicas.

A regulação tende a se tornar um instrumento sistemático do Estado para promover o interesse público, ao contrário do que ocorria anteriormente, em que a atividade regulatória ocorria de forma aleatória, eventual e desordenada.

O caráter instrumental ganha relevância, para indicar que a regulação é “(...) *um conjunto ordenado de políticas públicas, que busca a realização de valores econômicos e não econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para a coletividade em seu conjunto*”²⁶⁵.

4.5. Sobre a denominada “Teoria dos Jogos”

A *Teoria dos Jogos* é uma formulação matemática voltada para avaliar situações de disputa e sobre as possibilidades de comportamento entre os indivíduos envolvidos em determinado conflito.

A teoria reconhece que os sujeitos em conflito, para adotar determinada conduta, levam em consideração e são influenciados pelas atitudes do outro sujeito. Seria como prever, num processo em que existe interação entre indivíduos, o que um espera o que outro irá fazer ou realizar, e com base nisso realizar suas próximas condutas²⁶⁶.

²⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 40.

²⁶⁴ FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Os Novos Campos da Regulação*, p. 191. A autora francesa explica que a regulação própria de um setor pode transbordar seus limites para além dos setores considerados, o que chama de *inter regulação*.

²⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 40/41.

²⁶⁶ É uma avaliação estratégica com de um jogo, razão pela qual a teoria tem a denominação referida.

No ordenamento jurídico, frequentemente as normas legais de direito material tendem a vislumbrar situações individuais ainda não concretizadas, ao prever uma hipótese (antecedente) que, uma vez realizada, com a subsunção do conceito de fato ao conceito descrito na norma, gera uma consequência²⁶⁷.

Marçal JUSTEN FILHO esclarece que a “Teoria dos Jogos” começou a ter aplicação jurídica a partir da avaliação econômica do Direito²⁶⁸.

Atualmente, a *Teoria dos Jogos* é uma ferramenta interessante para a atividade regulatória, e que teria a função de fornecer premissas sobre o comportamento social e sobre as instabilidades da economia de mercado. O desafio, porém, é utilizar uma teoria de uma área do conhecimento em esfera distinta da qual foi concebida.

A aplicação jurídica da referida teoria²⁶⁹ e ²⁷⁰, em especial na atividade regulatória, seria a de antecipar situações futuras e condutas alheias, e com isso adotar medidas de caráter preventivo. Como a regulação envolve inúmeras situações e agentes, dentro de um universo em que o conjunto de variantes é imenso, as medidas regulatória não podem ser tomadas sob um único prisma de análise. Pelo contrário, devem ser avaliados o maior número de dados possíveis e disponíveis em relação ao setor ou atividade sujeita à atividade regulatória.

Ponderar sobre o conjunto dos fatores que envolvem o setor regulado e sobre a própria expectativa e atitudes dos agentes regulados é essencial, porque a atividade regulatória não se realiza através de forma estática e individualizada, mas compreende medidas de caráter variado e de amplo alcance.

Mas vale lembrar que “(...) a teoria dos jogos é aplicada igualmente pelos particulares, os quais orientam suas próprias condutas tomando em vista as expectativas geradas pelo desempenho da própria autoridade reguladora”²⁷¹.

²⁶⁷ Isto pode ser notado coma mais clareza no Direito Tributário e no Direito Penal.

²⁶⁸ *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 48.

²⁶⁹ De maneira geral e não só no campo normativo e legal.

²⁷⁰ Sobre a aplicação jurídica da *Teoria dos Jogos*, destaque-se a obra de BAIRD, GERTNER e PICKER (UNIVERSIDADE DE CHICAGO, *Game Theory and the Law: Baird, Gertner and Picker*).

²⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 49.

5. A ATIVIDADE REGULATÓRIA

O tema da regulação²⁷² começou a despertar mais interesse no Brasil a partir da implantação do Plano Nacional de Desestatização – PND²⁷³, passando a ser explorado com maior ênfase com a edição das Emendas Constitucionais nº 8, de 15 de agosto de 1995 e nº 9, de 9 de novembro de 1995, que trataram, respectivamente, do setor de telecomunicações e petroleiro.

Sendo a regulação um fenômeno multifacetado, envolvendo aspectos políticos, econômicos, sociais e jurídicos, a função reguladora contempla inúmeras formas e maneiras pela qual é desempenhada pelo Estado.

Assim, a função reguladora, embora não seja totalmente uma novidade, desperta atualmente muito interesse na medida em que difere do paradigma clássico das funções estatais tripartidas, piramidais, hierarquizadas e centralizadas.

Difere porque a função reguladora se realiza de maneira descentralizada, como uma alternativa para a atuação do Estado com o propósito de estabelecer regras baseadas no interesse público e como forma de controle das atividades privadas, com o intuito de promover interesses econômicos ou sociais.

Portanto, há que se verificar qual a definição e a natureza da atuação estatal consistente na função reguladora, materializada pelo exercício da atividade regulatória do Estado.

5.1. Definição e natureza da atividade regulatória

²⁷² O tema envolve, além dos aspectos abordados neste Capítulo, a verificação do surgimento do modelo regulador (item 2.3. do Capítulo 2), da origem e identificação do Direito Regulatório ou Direito da Regulação como uma especialização do Direito Administrativo (item 4.1. do Capítulo 4) e a análise do conceito de regulação (item 4.2. do Capítulo 4).

²⁷³ Lei nº 8.031 de 12 de abril de 1990.

A dinâmica e a complexidade das relações econômicas e sociais e o avanço e as transformações constantes da sociedade, exigem do Estado o aperfeiçoamento de sua atuação frente aos novos rumos que a humanidade toma atualmente.

Muitas vezes o Estado não consegue acompanhar esta evolução, pois suas funções tradicionais não foram concebidas para atender com a eficiência necessária as situações decorrentes de transformações sócio-econômicas repentinas, até mesmo porque o próprio direito positivo, sobre o qual estão sedimentadas as bases dos poderes, não tem a capacidade de prever toda e qualquer situação futura.

Através da atividade regulatória, o Estado encontra meios capazes de dar uma resposta a tamanha demanda, para o efeito de corrigir aspectos espontâneos das relações sócio-econômicas, podendo alterar fatores que ocorrem de maneira natural para adequá-los ao interesse público.

O Estado utiliza-se de um conjunto de técnicas legitimadas, impondo condições ou restrições para os setores regulados, com a intenção de suprir falhas e adequar comportamentos que se verificam comumente.

A atividade regulatória tem o condão de atenuar ou suprimir os efeitos não desejados e que decorrem de algumas atividades privadas, sobre as quais o Estado exerce controle específico.

Desta forma, a atividade regulatória do Estado é uma atuação estatal normativa incidente sobre a ordem econômica e social, voltada para concretizar valores de interesse público, mas que deve observar os ditames e limites constitucionais e legais para sua validade.

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO ensina que a “(...) intervenção regulatória *se caracteriza pela imposição, por norma legal, de regras positivas e negativas incidentes sobre o desempenho de atividades econômicas ou sociais provadas, visando à prevalência de interesses públicos específicos legalmente definidos*”²⁷⁴.

Ainda que o autor se refira à atividade regulatória como uma modalidade de *imposição interventiva*, esclarece que não se trata da tipologia interventiva

²⁷⁴ *Mutações do Direito Público*, p. 401.

clássica, pois a função reguladora não se caracteriza apenas pela imposição de normas legais²⁷⁵.

Até mesmo porque, como já mencionado, a atividade regulatória não se enquadra nas funções estatais clássicas.

Difere da atividade legislativa porque, embora tenha cunho normativo, a atividade regulatória não se destina a produzir atos legais *stricto sensu*. Lei em sentido formal é de competência exclusiva do Poder Legislativo. Os atos emanados do processo legislativo não se configuram como exercício de atividade regulatória, embora a lei tenha originariamente o poder de regular direitos²⁷⁶.

A atividade regulatória decorre e tem seus limites na lei, mas não se confunde com o exercício da atividade legislativa. A lei é um ato material e escrito pelo qual são estabelecidas normas gerais, ao passo que a regulação está voltada para situações específicas, no sentido de que as normas regulatórias incidem sobre determinado objeto e setor²⁷⁷. A diferença está no alcance e motivação²⁷⁸.

Veja-se, pois oportuno, o entendimento de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO:

“Todas as atribuições que lhes são outorgadas, contidas na *função reguladora*, são estritamente *administrativas*, inclusive suas *atribuições normativas*, que embora *materialmente normativas*, são, como já se expôs, de uma

²⁷⁵ Ibid., p. 401/402.

²⁷⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*, p. 17.

²⁷⁷ Ainda que as normas regulatórias possam ser gerais e abstratas, pelas próprias características da regulação, geralmente estão voltadas para a disciplina de setores e atividades específicas (mais sobre este tema no item 5.6. deste Capítulo, que trata da competência regulatória e seu caráter normativo).

²⁷⁸ Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO distingue norma legais de normas reguladoras: “Desde logo assim o é, porque, de um lado, as *normas legais* tradicionais resultam de *opções políticas* abstratas, definitórias [*sic*] de um *interesse público específico*, que deverá prevalecer em cada tipo de *relação administrativa considerada com generalidade*, de modo a que elas possam ser aplicadas direta e concretamente pelo método da *subsunção*. Em outros termos: o enunciado da norma contém a descrição de um *comportamento*, que é rigorosamente imposto ao Poder Público como o único compatível com aquele *interesse público específico* que vem nela definido. Diferentemente, as *normas reguladoras* são *opções administrativas*, também abstratas, embora formuladas com maior *densidade técnica*, visando à incidência sobre *específicas relações interprivadas críticas que foram previamente deslegalizadas*, voltadas, assim, não mais a *equilibrar interesses e valores em concorrência*, através de uma nova regra a ser administrativamente definida pelo método da *ponderação*. Em outros termos: o enunciado dessa norma não define qualquer *interesse público específico* nem, muito menos, impõe um determinado *comportamento*, exigível das partes, senão que prescreve uma *situação* de equilíbrio a ser alcançada ou mantida entre interesses e valores concorrentes” (*Direito Regulatório*, p. 114).

espécie normativa absolutamente distinta da exercida no desempenho da *função legislativa*, pois, esta sim, se trata de uma *função política*, ainda porque, recorde-se por oportuno, a *função reguladora* não se destina a produzir *normas legais*, mas meras *normas reguladoras*, que são *normas administrativas secundárias*.²⁷⁹

Da mesma forma, a atividade regulatória não se confunde com a atividade jurisdicional, que é função exclusiva do Poder Judiciário. O que acontece é que dentro do modelo regulador existe um espaço decisório quando do exercício da atividade regulatória.

Este espaço decisório é próprio da função reguladora e que decorre da abertura legal para que possam ser ponderadas as questões e os interesses envolvidos em determinado objeto regulado, mas não se caracteriza como sendo prestação de tutela jurisdicional, que tem caráter de solucionar conflitos com os efeitos da coisa julgada.

O Poder Judiciário, por força do princípio constitucional da universalidade da jurisdição, acaba por exercer controle sobre a atividade regulatória, quando esta não observar os limites constitucionais e legais.

Por outro lado, o Estado, através da Administração Pública, desenvolve suas funções voltadas para a satisfação do interesse público, por meio do exercício de suas competências, concretizadas pelo desempenho da função administrativa, com a execução ordenada de atos voltados para atender necessidades coletivas e o bem comum.

A atividade regulatória, embora possua características próprias que a distinguem da atividade administrativa tradicional, já que contempla um espectro amplo de atribuições com predomínio do critério técnico, não pode estar dissociada do Estado por ser uma manifestação de poder normativo.

O Estado, em um primeiro momento, estabelece políticas públicas baseadas em uma aspiração coletiva legítima para, então, por meio da atividade regulatória, buscar que tal objetivo seja atendido de maneira eficiente, estabelecendo critérios técnicos para a satisfação desta finalidade de interesse público.

²⁷⁹ *Mutações do Direito Público*, p. 416.

Portanto, a atividade regulatória é uma parcela do poder normativo da Administração Pública²⁸⁰, que tem por finalidade específica estabelecer normas de conduta e controle sobre atividades setoriais determinadas. Mas embora seja uma parcela da atividade administrativa, a atividade regulatória possui a diferença de estar dissociada da idéia de poder governamental central.

Ademais, a atividade regulatória não se limita ao estabelecimento de normas. Abrange também o exercício de poder de fiscalização, repressão e a promoção de fomento em áreas de interesse.

Considerando estes outros fatores, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO define a atividade regulatória como sendo “(...) o conjunto de regras de conduta e controle da atividade econômica pública e privada e dos serviços sociais não exclusivos do Estado, com o objetivo de proteger o interesse público”²⁸¹.

Vale ainda destacar que a atividade regulatória não equivale simplesmente ao poder de polícia do Estado. Não que a atividade regulatória não possa ser exercida, em alguns casos, através do poder de polícia, mas é que a regulação vai além da imposição de sanções e penalidades decorrentes de medidas de fiscalização, pois também tem caráter preventivo e promocional.

Luís Roberto BARROSO assim entende:

“Ainda quando se aproxime, eventualmente, de idéia de poder de polícia administrativa – poder de direcionar as atividades privadas de acordo com interesses públicos juridicamente definidos –, a regulação contempla uma gama mais ampla de atribuições, relacionadas ao desempenho de atividades econômicas e à prestação de serviços públicos, incluindo sua disciplina, fiscalização, composição de conflitos e a aplicação eventual de sanções.”²⁸²

A atividade regulatória tem alcance maior que o poder de polícia, pois é um “(...) híbrido de atribuições de variada natureza: informativas, planejadoras,

²⁸⁰ Ressalva feita ao entendimento de Marçal JUSTEN FILHO, que considera a atividade regulatória como “(...) um dos tipos de atividade estatal, que se traduz no desempenho tanto de função administrativa como legislativa, jurisdicional e de controle” (*Curso de Direito Administrativo*, p. 447).

²⁸¹ *Omissões na atividade regulatória do Estado*, p. 252. A autora também entende que a atividade regulatória se trata de uma função administrativa.

²⁸² *Agências Reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*, p. 179.

fiscalizadoras e negociadoras, mas também normativas, ordinatórias, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras”²⁸³.

Desta forma, a atividade regulatória se caracteriza pelo controle administrativo exercido pelo Estado sobre atividades de interesse público, com a aplicação de normas específicas para restringir ou promover condutas, bem como a adoção de outras medidas de natureza não repressiva e sancionadora, além de possuir cunho decisório em algumas situações de conflito.

5.2. Características da atividade regulatória

O exercício da atividade regulatória tem alcance e amplitude sobre inúmeras situações. Além disso, decorre da concepção do modelo regulador, que tem características próprias, até mesmo porque, mesmo sendo uma derivação do poder administrativo, não se iguala as funções estatais tradicionais.

5.2.1. Independência, autonomia e descentralização

O modelo de regulação independente compreende a instituição de entidades com competência regulatória, que exercem suas funções com independência e autonomia. São órgãos que atuam de maneira descentralizada em relação ao governo central.

A independência é uma das características mais marcantes da atividade regulatória. Para alcançar seus objetivos, a atividade regulatória deve guardar certo grau de independência do poder governamental, sem, contudo, deixar de observar os limites legais e constitucionais.

A atividade regulatória deve ser exercida de maneira imparcial e sem sofrer influências de governantes ou dos agentes envolvidos no processo regulatório,

²⁸³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*, p. 107.

para que prevaleçam os critérios técnicos necessários para atender os objetivos pelos os quais a regulação foi concebida²⁸⁴.

Assim é que a atividade regulatória não é compatível com interferências político-partidárias, para não comprometer a independência que deve orientar a regulação.

Vital MOREIRA e André Matos FORTE ensinam que é imprescindível manter a separação entre regulação e política, como forma de “(...) assegurar a estabilidade e segurança do quadro regulatório”, sem que este venha a sofrer com as mudanças de período eleitoral²⁸⁵. Ainda ressaltam que se deve “(...) favorecer o profissionalismo e a neutralidade política”, considerando que a regulação é essencialmente técnica, devendo ser exercida por profissionais especializados ao invés de pessoal político, garantido, desta forma, a objetividade da atividade regulatória²⁸⁶.

A independência envolve a necessária estabilidade dos agentes reguladores^{287 e 288}, que devem ser indicados e nomeados pelo Poder Executivo por sua competência técnica e submetidos ao crivo do Poder Legislativo.

Além disso, a regulação independente verifica-se pela ausência de subordinação hierárquica dos agentes reguladores com o poder governamental, tanto que suas decisões são revistas, sendo o caso, pelo Poder Judiciário²⁸⁹.

A garantia de independência não é somente da atividade regulatória, mas de todos os envolvidos e interessados no setor regulado, pois desta forma não haverá

²⁸⁴ Em Portugal, assim como no Brasil, as entidades reguladoras, tal como o Instituto Regulador de Águas e Resíduos – IRAR, devem ter sua atuação orientada pela “(...) competência, isenção, imparcialidade e transparência, e terá em conta, de forma integrada, as vertentes técnica, jurídica, ambiental, de saúde pública, social e ética, que devem caracterizar estes serviços” (cf. Jaime Melo BAPTISTA, Dulce Álvaro PÁSSARO e Rui Ferreira dos SANTOS, *O Modelo de Regulação das Águas e Resíduos em Portugal*, p. 106).

²⁸⁵ *Por uma Regulação ao Serviço da Economia e Mercado e do Interesse Público: a “Declaração de Condeixa”*, p. 251/252.

²⁸⁶ MOREIRA, Vital; FORTE, André Matos, op. cit., p. 251/252.

²⁸⁷ O *caput* do artigo 9º da Lei nº 9.986/2000 estabelece que os conselheiros e diretores das agências reguladoras federais somente perderão seus mandatos em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou decorrente de processo administrativo disciplinar, ou nos casos estabelecidos pela lei que criar a agência (parágrafo único).

²⁸⁸ Marcela Campos Gomes FERNANDES entende que a estabilidade dos dirigentes garante a autonomia da entidade reguladora (*As Agências Reguladoras no contexto do Estado Democrático de Direito*, p. 193).

²⁸⁹ Salvo quando previsto a possibilidade de recurso no âmbito da própria entidade reguladora.

atuação tendenciosa para quem quer que seja²⁹⁰. Por isso é que o modelo de regulação independente tende a ser adotado como forma de garantir a segurança jurídica nas atividades reguladas, sem sofrer pressões do poder político ou a influência de interesses meramente econômicos.

Muito embora seja o Estado que estabeleça a estratégia inicial da regulação através de políticas públicas legítimas, há a necessidade de que a atividade regulatória propriamente dita seja efetivada de maneira independente do poder político.

A ausência de independência é negar a própria regulação. Mas isso não significa que a atividade regulatória deva ser contrária aos interesses das partes destinatárias da regulação. O que deve ocorrer, entretanto, é uma ponderação dos interesses gerais com os interesses específicos dos agentes regulados²⁹¹.

Já a autonomia acaba sendo uma decorrência da independência regulatória²⁹², na medida em que as entidades reguladoras acabam por possuir gestão administrativa e receitas financeiras próprias.

Luís Roberto BARROSO menciona que a atividade regulatória é dotada de “(...) *autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira*”²⁹³. A autonomia político-administrativa diz respeito à liberdade que as entidades reguladoras têm de organizar suas atividades.

Já a autonomia econômico-financeira corresponde à capacidade de arrecadar e gerir recursos, sejam decorrentes de dotações orçamentárias gerais, sejam receitas próprias decorrentes da atividade regulatória.

Outro fator que implica na autonomia da atividade regulatória é a sua capacidade de solucionar e dirimir conflitos, ainda que tais medidas estejam sujeitas ao controle jurisdicional. Esta possibilidade de controle pelo Poder

²⁹⁰ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*, p. 94.

²⁹¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*, p. 85.

²⁹² Carlos Ari SUNDEFELD utiliza a expressão autonomia para designar a independência regulatória, pois entende que “(...) *garantir a independência é fazer uma afirmação retórica com o objetivo de acentuar o desejo de que a agência seja ente autônomo em relação ao Poder Executivo, que atue de maneira imparcial e não flutue sua orientação de acordo como as oscilações que, por força do sistema democrático, são próprias desse Poder*” (*Introdução às Agências Reguladoras*, p. 23/24).

²⁹³ *Apontamentos sobre as Agências Reguladoras*, p. 121/126.

Judiciário, embora retire o caráter absoluto da autonomia, não retira esta característica que decorre do poder decisório da atividade regulatória.

Conforme leciona Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, a autonomia regulatória resulta da “(...) *nova dimensão de autodeterminação que resulta da abertura, pela lei, de um espaço decisório deslegalizado em seus respectivos setores de atuação*”²⁹⁴.

Outra característica da atividade regulatória é a descentralização²⁹⁵ em relação ao poder central. Hely Lopes MEIRELLES ensina que a descentralização administrativa “(...) *pressupõe, portanto, a existência de uma pessoa, distinta da do Estado, a qual, investida dos necessários poderes de administração, exercita atividade pública ou de utilidade pública*”^{296 e 297}.

O fenômeno da descentralização ocorreu em diversos países por conta dos processos de reforma administrativa, em que as estruturas piramidais e hierarquizadas foram flexibilizadas.

Esta transformação ocorreu, em parte, por conta da evolução das relações sócio-econômicas que atingiram um estágio elevado de complexidade e dinamismo, sendo que o Estado já não tinha mais estrutura compatível para lidar com as situações advindas destas mudanças.

A atividade regulatória deriva deste movimento de descentralizar, sendo uma tendência contrária ao paradigma clássico e tradicional das administrações centralizadas e hierarquizadas, pois a regulação se espalha por diversas estruturas, com inúmeros agentes envolvidos e com interesses distintos²⁹⁸.

O sentido da descentralização “(...) *implica a ruptura do vínculo hierárquico (próprio da centralização) e sua substituição por relações de controle*”²⁹⁹.

²⁹⁴ *Direito Regulatório*, p. 159.

²⁹⁵ Ver também os itens 4.1.1. e 4.1.2. do Capítulo 4.

²⁹⁶ *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 712.

²⁹⁷ No Uruguai, após uma reforma constitucional, o artigo 230 da Constituição específica políticas de descentralização a serem executadas pelo Poder Executivo (Mariano R. BRITO, e Carlos E. DELPIAZZO, *Derecho Administrativo de la Regulación Económica*, p. 39).

²⁹⁸ FRADE, Catarina; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Risco e Segurança Alimentar: da (In)Segurança da Escassez à (In)Segurança da Abundância*, p. 79.

²⁹⁹ BRITO, Mariano R.; DELPIAZZO, Carlos E., op. cit., p. 39.

Mas descentralização, enquanto característica da atividade regulatória, verifica-se pela necessidade de alcançar diversos setores econômicos e sociais distintos, e também pela necessidade de adotar aspectos de gestão capazes de possibilitar o exercício do poder regulatório.

Não obstante estas características de independência, autonomia e descentralização, a atividade regulatória ainda assim representa uma manifestação de poder e por isso deve ser transparente, fundamentada e voltada para atender o interesse público, para não incidir no que a doutrina tem chamado de risco regulatório.

5.2.1.1. O risco regulatório

Em tempos de avanço científico e tecnológico, em que ocorre abuso do poder econômico e corrupção política, o que acaba por ocasionar injustiças sociais, não se pode admitir que a regulação seja desvirtuada para este viés.

Existe, sim, um risco regulatório ocasionado pelo afastamento da regulação de interesses coletivos legítimos, para o sistema ser utilizado em favor de interesses localizados, além de ocasionar a ineficiência do sistema com prejuízo para a população³⁰⁰.

A captura regulatória envolve esta questão do risco, na medida em que o agente que detém competência de regular determinado setor perde sua independência e passa a sofrer forte influência de quem detém o poder político e/ou econômico.

Por isso é que o agente regulador deve atuar pautado em conhecimentos técnico-teóricos do setor de sua responsabilidade. Deve também ser profundo conhecedor dos aspectos práticos que envolvem a atividade regulada, para ter condições de decidir sobre as questões que lhe são apresentadas.

³⁰⁰ Em nível nacional, pode-se citar a crise energética e, localmente, o recente racionamento de água em Curitiba e Região Metropolitana.

Eduardo B. KRAUSE entende que “(...) *o verdadeiro regulador, no sentido pleno da palavra, não se permite capturar, de vez que deve ser de sua natureza não se dobrar a aproximações, quaisquer que sejam elas*”³⁰¹.

Sobre a captura, Marcos Juruena Villela SOUTO ensina o seguinte:

“A captura decorre, basicamente, da experiência e do conhecimento técnico dos regulados, que forçarão, sempre, uma regulação que lhes seja mais viável. Isso se combate com a presença de agentes públicos qualificados, sejam do quadro de apoio e direção, sejam contratados para prestar serviços.”³⁰²

A captura retira a independência e a autonomia da regulação, sendo que os operadores da regulação são levados a implantar determinada medida, seja para benefício de um agente econômico, seja para detrimento de outro ou, ainda, para atender interesses políticos.

Pela captura, os agentes regulados utilizam do sistema para obter vantagens em seu favor, com efeitos nocivos para a coletividade, verificados com a redução da concorrência, concentração e abuso de poder econômico, conivência com serviços públicos ineficientes, lesando os interesses coletivos³⁰³.

Sobre a captura, interessante o posicionamento de Diego Selhane PÉREZ:

“Na verdade, existem evidências que demonstram que o mais das vezes a regulação surge como resposta estatal para a satisfação de interesses de grupos econômicos poderosos – o que nos impede de falar de ‘captura’, pois nestes casos o órgão regulador jamais foi livre das influências de tais grupos – e nas outras oportunidades, onde a origem da regulação é diversa, inevitavelmente os órgãos reguladores acabam sendo capturados por grupos de pressão que articulam interesses de algumas ou de todas as entidades que eles deveriam regular com vistas ao interesse público.”³⁰⁴

Mas o risco da captura existe e se verifica quando são retiradas do modelo regulador as características de autonomia e independência. Aliás, de tais características decorrem a imparcialidade a neutralidade que deve orientar a regulação.

³⁰¹ Op. cit., p. 18.

³⁰² Op. cit., p. 246.

³⁰³ O que acaba por caracterizar vício da atividade regulatória por desvio de finalidade.

³⁰⁴ *Auto-regulação: aspectos gerais*, p. 615.

A independência caracteriza-se pela desvinculação do regulador perante o poder governamental central e também quanto aos interesses regulados. A autonomia diz respeito à capacidade do regulador de auto-organizar suas atividades e de possuir poder decisório sobre o objeto regulado. Já a imparcialidade serve para que a regulação atenda ao interesse coletivo, mas que isso possa coexistir com as atividades reguladas. Por fim, a neutralidade trata do afastamento de ideologias e preconceitos sobre as atividades reguladas, para que a regulação não seja utilizada para atender interesses específicos.

Vital MOREIRA e André Matos FORTE afirmam que para preservar a independência regulatória, é necessário que haja uma *blindagem* contra a captura, no sentido de que os agentes reguladores devem estar afastados de interesses político-partidários, o que lhes confere a capacidade de suportar as pressões governamentais³⁰⁵.

O risco regulatório também diz respeito aos ex-dirigentes de entidades reguladoras que passam a atuar no setor regulado. Para isso, existem limitações de ordem legal³⁰⁶ que impedem ao ex-dirigente de uma entidade reguladora de prestar serviços no setor em que exercia suas funções, pelo perigo de informações privilegiadas serem utilizadas em benefício próprio ou de terceiros interessados³⁰⁷.

Com isso tudo, não se quer afirmar que a regulação deva ser concebida sem limites. Pelo contrário, o modelo regulatório deve estar consolidado sob bases que permitam um controle adequado e que, ao mesmo tempo, possam garantir a autonomia e independência do sistema³⁰⁸.

Asseguradas essas garantias e promovido o controle adequado³⁰⁹, a regulação pode ser um mecanismo eficiente na realização de seus objetivos.

³⁰⁵ Op. cit., p. 252/253.

³⁰⁶ Ver o artigo 8º da Lei nº 9.986/2000.

³⁰⁷ É a denominada *quarentena*.

³⁰⁸ Vital MOREIRA aponta que, para o modelo ter estas características, é necessário: delimitação suficientemente rigorosa entre as tarefas de definição de políticas para o setor e a sua orientação estratégica; independência orgânica do órgão regulador; independência funcional do órgão regulador; garantias de independência face os operadores, auto-suficiência financeira e; definição de adequados mecanismos de *accountability* pública da entidade reguladora (*A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal*, p. 122/123).

³⁰⁹ Pedro DUTRA menciona que, atualmente, o controle social tem sido efetivo na medida em que é exercido tanto pela sociedade, imprensa e órgãos não-governamentais (*Agências Reguladoras: Reforma ou Extinção?*, p. 195).

Assim, é indispensável que a regulação se mantenha afastada dos interesses regulados, o que prejudicaria todo o sistema e, de conseqüência, atingiria o próprio Estado, cidadãos e as partes envolvidas no processo regulatório. Devem prevalecer os critérios técnicos e não os aspectos políticos, ideológicos e transitórios.

Além de outras questões que envolvem risco regulatório, de importância destacar o que a doutrina tem comumente denominado de *déficit democrático* da atividade regulatória.

Em apertada síntese, a democracia é um sistema político representativo, permitindo a participação indireta do povo nas deliberações tomadas pela maioria e que venham a implicar em decisões de cunho impositivo³¹⁰.

Neste sentido é que se avalia a legitimidade da atividade regulatória nas democracias representativas, considerando o caráter normativo da regulação independente, mas sem manifestação popular.

Veja-se que nas democracias representativas a vontade popular já não é exercida diretamente, pois existe a representação parlamentar, sendo que os atos normativos emanados através deste sistema são tidos como legítimos.

O questionamento acerca da legitimidade democrática da atividade regulatória acaba por surgir tendo em vista que se trata de um paradigma novo frente à atuação tradicional do Estado, até mesmo porque ainda existem dificuldades e resistências em encontrar soluções para compatibilizar a regulação ao sistema político e jurídico clássico.

A crítica aponta para a variação do exercício de poder normativo da atividade regulatória como uma anomalia derivada de uma outorga de poder sem a necessária delegação democrática dos agentes reguladores capaz de legitimar suas ações.

Mas há que se considerar que a atividade regulatória é uma categoria de atividade administrativa e não política³¹¹ e que não se confunde com exercício de

³¹⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão*, p. 132.

³¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*, p. 416. O autor ainda cita a obra dos autores italianos G. GIRAUDI e M. S. RIGHETTINI (*Le autorità amministrative*

função legislativa, embora a regulação tenha caráter normativo. Como a atividade regulatória tem caráter técnico, parece uma transição da democracia representativa para a democracia eficiente³¹².

Não se está afirmando categoricamente que a atividade regulatória não possui o chamado déficit democrático. Até porque tal circunstância dependerá de inúmeros fatores decorrentes da organização estrutural e funcional do modelo de regulação aplicado, e que pode ou não se apresentar de forma mais ou menos democrática³¹³.

No Brasil, entretanto, há que se levar em conta que o país evoluiu em termos de democracia, devido ao atual estágio de controle do poder, que deve ser ainda mais aperfeiçoado. A atividade regulatória deve encontrar limites, dentre estes a legitimidade democrática.

Não se pode admitir, porém, que a crítica sobre a regulação independente seja mera justificativa para manter situações passadas e estas, sim, não-democráticas, como a ausência de controle e limites de instituições anteriores ao modelo regulador.

Por outro lado, não se pode admitir que a atividade regulatória seja utilizada como mero instrumento para que os agentes políticos escapem do sistema de controle, ocasionando uma situação de ausência de legitimidade democrática³¹⁴.

Marcos Juruena Villela SOUTO destaca as audiências públicas como instrumentos dotadas de conferir legitimidade democrática à atividade regulatória, tendo em vista que desta forma haveria a participação popular na forma pela qual ocorrerá a atuação estatal³¹⁵.

Já André FONTES explicita que, além da audiência pública, a legitimação democrática da regulação é “(...) alcançada mediante o caráter técnico da discricionariedade regulatória imprimida e pela participação também

independenti), que se referem à legitimação política no plano formalmente democrático, ao passo que a legitimação administrativa é substancialmente democrática (p. 417).

³¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*, p. 417.

³¹³ Marçal JUSTEN FILHO entende que, embora exista tal controvérsia, “(...) deve-se reconhecer a compatibilidade teórica entre os institutos da Democracia e da regulação independente” (*Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”?*, p. 300).

³¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal, *ibid.*, p. 301.

³¹⁵ *Audiência Pública e Regulação*, p. 148.

*procedimental (...)*³¹⁶. Ou seja, o *procedimento* com participação dos interessados para legitimar a atividade regulatória³¹⁷ com o objetivo de atingir a democracia substancial e não formal.

O modelo regulador é uma opção política, mas que tem influência na esfera jurídica. O texto constitucional, como fundamento de validade do ordenamento jurídico, estabelece que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito³¹⁸.

A regulação, enquanto atividade administrativa, deve observar a forma pela qual está constituído o Estado brasileiro, ficando adstrita aos contornos inerentes ao regime democrático de direito. Desta forma, a atividade regulatória tem os mesmos limites que qualquer outra atuação estatal com legitimidade democrática.

Mesmo a atividade regulatória compreendendo exercício de função normativa por agentes não eleitos pelo voto direto, isto não significa que a regulação seja desprovida de legitimidade democrática. Isto porque democracia representativa admite a delegação de poderes administrativos, dentro dos limites jurídicos.

Embora o tema da legitimidade democrática da atividade regulatória ainda esteja em discussão, vale destacar que existe a necessidade de regulação técnica e setorial, devendo para isso serem adotados instrumentos participativos e de representatividade no processo decisório.

Existe, ainda, a necessidade de continuar a análise da legitimidade democrática quanto à forma de exercício da atividade regulatória, sem que isso implique em afastamento do modelo regulador por questões não substanciais.

Isto vale dizer que a atividade regulatória é um instrumento que deve ser analisado não só sob o prisma formalista da dogmática jurídica³¹⁹, em que a

³¹⁶ *Regulação e Petróleo*, p. 41.

³¹⁷ Egon Bockmann MOREIRA destaca que a adoção de processos participativos é uma forma de reduzir o déficit democrático (*Regulação Econômica e Democracia: a Questão das Agências Administrativas Independentes*, p. 188). A seu turno, Sérgio Varella BRUNA assinala que “(...) o ideal do processo democrático, cuja principal postulação (representação principal) é a necessidade de participação dos interessados ou de seus representantes no processo decisório, bem como a exigência de que a autoridade efetivamente tenha em consideração as opiniões daqueles afetados pela adoção da política em questão” (*Agências Reguladoras*, p. 63).

³¹⁸ *Caput* do artigo 1º da Constituição da República.

³¹⁹ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Autonomia Decisória, Discricionariedade Administrativa e Legitimidade da Função Reguladora do Estado no Debate Jurídico Brasileiro*, p. 176.

hermenêutica apresenta as melhores soluções, mas também por outros prismas, pois a questão envolve fatores de complexidade sócio-econômica que não se restringem somente ao direito positivo³²⁰.

Avaliar a legitimidade democrática da regulação consiste em analisar e compreender a complexidade do exercício da atividade regulatória do Estado como um fenômeno multifacetado, descentralizado e diverso da concepção tripartida de poder, embora não afastada deste contexto.

5.2.2. Normatividade e consensualidade

A atividade regulatória consiste no exercício de função normativa³²¹. Isto porque a lei delegou aos entes reguladores competências normativas variadas para disciplinar determinadas matérias dos setores regulados.

O cunho normativo da atividade regulatória se deve a necessidade de que a regulação, por vezes, tem que se apresentar de maneira impositiva, capaz de promover um comando, prescrevendo comportamentos obrigatórios.

Embora a lei também possua cunho normativo, a atividade regulatória é altamente especializada, exigindo normas específicas, cujos dados técnicos dos fenômenos e conjunturas atinentes ao setor regulado nem sempre são de conhecimento legislador. Ademais, a atividade regulatória tem que ser dotada de meios capazes e suficientes para garantir a eficiência do sistema.

Por outro lado, a normatividade da atividade regulatória é necessária pela circunstância da impossibilidade, ou até mesmo inconveniência, de que a

³²⁰ Não significa afirmar que a atividade regulatória não tenha limites na Constituição da República e no princípio da legalidade, mas que o debate não pode ficar restrito a estes fatores.

³²¹ Mais sobre normatividade da atividade regulatória no item 5.6. deste Capítulo. Além disso, no item 5.4.2. deste Capítulo será abordada a questão do caráter normativo da atividade regulatória em relação ao princípio da legalidade.

disciplina de setores regulados seja prevista de maneira exaustiva e integral pela lei, devido ao movimento constante na dinâmica das relações reguladas³²².

A lei não tem a capacidade de contemplar todas as situações decorrentes de uma realidade sócio-econômica que esta em continuo aprimoramento e evolução, sendo “(...) impossível manter um ritmo de produção legislativa compatível com a rapidez das modificações ocorridas”³²³.

Portanto, a normatividade, enquanto característica da atividade regulatória, decorre da necessidade do Estado disciplinar determinadas situações, cujo regramento não decorre exclusivamente da lei, sendo que a alternativa foi atribuir aos entes reguladores competências normativas específicas para interferir sobre determinadas atividades³²⁴, que exigem atenção estatal especial devido às particularidades do setor regulado³²⁵.

Mas ainda que por vezes o caráter normativo seja uma característica indispensável para o exercício da atividade regulatória, a atuação estatal voltada para o consenso tem representado uma alternativa que contribui para o aprimoramento do modelo regulador. A coerção ainda é indispensável para manter a ordem social, mas há a necessidade de um espaço com mais liberdade para promover o desenvolvimento das potencialidades individuais.

O consenso tem se mostrado como uma tendência nova na ordem social, política e jurídica, para contrapor-se ao antagonismo, cuja competição tem ocasionado custos humanos elevados por força de situações de conflito, ao invés de adotar-se a via da prevenção e da composição para evitar sacrifícios desnecessários³²⁶.

A organização estatal clássica sempre teve na coerção uma característica marcante de autoridade e poder, de forma a exigir imperativamente alguns

³²² “(...) um sistema jurídico moderno não tem como ser concebido apenas como um *sistema estático* fundado em normas primárias estabelecidas por um poder legislativo soberano, gerando a exigência de delegação de poder normativo (...)” (cf. Paulo Todescan Lessa MATTOS, op. cit., p. 171).

³²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 534.

³²⁴ V.g. a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS tem competências normativas estabelecidas pelo artigo 4º da Lei nº 9.961/2000, e a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL tem competências normativas estabelecidas pelo artigo 19 da Lei nº 9.472/1997, o que ocorre com as demais agências brasileiras.

³²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, loc. cit.

³²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*, p. 60.

comportamentos e inibir outros tantos. Mas com a evolução do Estado, decorrente das modificações introduzidas por movimentos revolucionários, surge “(...) *um implícito* princípio do consenso, *que pode ser sumariamente definido* como o primado da concentração sobre a imposição nas relações de poder entre a sociedade e o Estado”³²⁷.

A consensualidade determina a revisão de dogmas jurídico-administrativos até então indiscutíveis, com as denominadas razões de Estado e a supremacia do interesse público, o que representa uma evolução do Direito e do próprio Direito Administrativo³²⁸, proporcionando uma abertura na Administração Pública que até então não havia.

Com isso, a atividade regulatória não se caracteriza por ser apenas normativa, mas também consensual, na medida em que deve ser buscada a solução conciliadora em eventuais conflitos, antes de optar pela via contenciosa.

Pode ser considerada uma etapa do processo regulatório, em que partes com interesses opostos possam por fim ao conflito sem necessidade de que o Estado decida a questão de maneira impositiva.

Através da atividade regulatória, o Estado assume posição de *mediador* da situação, e não de *árbitro*, não para direcionar a composição do conflito, mas apenas para buscar que as partes encontrem uma alternativa consensual por vontade própria que, caso não ocorra, exige da entidade reguladora uma postura mais ativa para propor ou impor uma solução adequada à situação e ao setor regulado³²⁹.

O consenso regulatório é uma substituição das práticas administrativas impositivas por mecanismos de conciliação, como alternativa viável para a complexidade das situações reguladas.

No modelo regulador não significa necessariamente que sacrifícios devam ser exigidos para garantir a eficiência do sistema, porque assim nem todos os interesse serão atendidos³³⁰.

³²⁷ Ibid., p. 62.

³²⁸ Ibid., p. 63.

³²⁹ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo em Debate*, p. 195/196.

³³⁰ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Audiência Pública e Regulação*, p. 147.

5.2.3. Subsidiariedade e proporcionalidade

Diante do modelo regulador, o Estado assume uma postura afastada do contexto de algumas atividades, principalmente econômicas, para passar a coordenar e fiscalizar atividades privadas de interesse determinado. O Estado interfere somente nas áreas em que a iniciativa privada não pode ou não deva se desenvolver³³¹.

Ao Estado, permanecem suas atribuições exclusivas³³² e que não podem ser exercidas pela iniciativa privada, somente atuando em outros campos de forma subsidiária³³³.

O Estado apenas terá participação em campos em que sua presença seja necessária, atuando de maneira secundária, complementar ou suplementar nas atividades próprias da iniciativa privada³³⁴.

A subsidiariedade³³⁵ também se verifica no plano da atividade regulatória, tendo em vista que, diante do seu caráter normativo, a regulação somente será aplicada naqueles setores em que existam falhas e distorções e que estejam a exigir reparos de ordem impositiva pelo Estado.

Tanto é assim, que a regulação é uma atividade setorial, e que se verifica apenas sobre as áreas cujas circunstâncias e características exigem atenção específica do Estado³³⁶. Mais que uma característica da regulação, a

³³¹ BARRA, Rodolfo Carlos. *Principios de derecho administrativo*, p. 36.

³³² V.g. função jurisdicional, legislativa, segurança pública, etc.

³³³ “O Estado intervém para suprir, dos mais diversos modos, em todas as comunidades ligadas entre si e o indivíduo, somente, repetimos, quando a força dessas instituições esteja debilitada ou necessitando de impulso. Esses modos de ação podem ser: ‘fomentar’, ‘estimular’, ‘coordenar’, ‘suprir’, ‘completar’ e ‘integrar’ a iniciativa particular e grupal, nos âmbitos social, econômico, laboral, profissional, etc.” (cf. Carlos MENEM e Roberto DROMI, *El Estado Hoy*, p. 45).

³³⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. *O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata*, p. 92.

³³⁵ “O princípio da subsidiariedade, como é sabido, tem uma dupla vertente: aponta, de um lado, para a distribuição das competências entre os distintos níveis territoriais, e, de outro, para as relações dos poderes públicos com a sociedade, para erigir-se em um limite para a intervenção pública na esfera privada do indivíduo” (cf. Rafael Entrena CUESTA, *Alcance del principio de subsidiariedad en la legislación española*, p. 223/224).

³³⁶ V.g. setor energético, de telecomunicações, saúde suplementar e outros.

subsidiariedade apresenta contornos de limite para a atividade regulatória do Estado³³⁷.

O Estado não pode simplesmente, por meio da atividade regulatória, atuar em toda e qualquer situação. O exercício da atividade regulatória somente será necessário quando alguma finalidade de interesse público não possa ser atingida de maneira natural.

Assim, o exercício da atividade regulatória do Estado se justifica apenas nos casos em que não seja possível, por parte da sociedade e dos indivíduos, a concretização espontânea de objetivos. Floriano de Azevedo MARQUES NETO ensina o seguinte:

“É que a idéia de subsidiariedade pressupõe a idéia de autonomia. Autonomia esta que pode se referir aos corpos sociais, às unidades federativas, à empresa ou mesmo ao indivíduo. Estes entes autônomos reuniriam a condição para perseguir seus próprios interesses e objetivos e, neste percurso, realizar as finalidades da sociedade. Apenas nas situações em que isso não se fizesse possível, predica a subsidiariedade, estaria justificada a ação estatal para suprir, complementar ou reforçar a ação autonômica. Daí por que ensinar Baracho que o princípio da subsidiariedade, em sua acepção mais significativa, compreende simultaneamente as idéia [*sic*] de supletividade, compreendendo os significados de *complementariedade e suplementariedade*.”³³⁸

Portanto, ao Estado não cabe concentrar todas as ações, sendo que a atividade regulatória somente se justifica quando o movimento natural da sociedade e da economia não seja suficiente para atingir os interesses estabelecidos.

Isto não significa afirmar que diante da subsidiariedade o exercício da atividade regulatória apenas ocorrerá quando as situações sócio-econômicas apresentem defeitos ou distorções. A subsidiariedade determina que a regulação

³³⁷ Citando José Joaquim Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 80), Egon Bockmann MOREIRA assim ensina: “Nesse sentido de bloquear tanto a intervenção em sentido estrito como aquela regulatória, o princípio da subsidiariedade assume no direito brasileiro a configuração de uma ‘cláusula-barreira’, a impedir uma ‘subversão’ da ordem de tarefas e competências constitucionalmente previstas” (op. cit., p. 93).

³³⁸ *Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal*, p. 81.

seja justificada, de modo que será necessária toda vez que o interesse coletivo não possa ser atingido de maneira espontânea³³⁹.

A legitimidade da atividade regulatória ocorre em função da subsidiariedade, vez que representa parâmetro para a atuação estatal sobre determinadas atividades, que até então se desenvolviam de maneira autônoma frente ao Estado, mas que, por circunstâncias fáticas, passaram a apresentar anomalias negativas.

Da subsidiariedade decorre a característica da proporcionalidade, para que o exercício da atividade regulatória ocorra de maneira moderada e razoável³⁴⁰, condicionando as medidas de regulação para que sejam aplicadas de acordo com sua real necessidade.

Desta forma, sempre que houver a necessidade de regular alguma atividade ou situação, há que se avaliar antes a pertinência da medida regulatória e eventuais variações e efeitos não desejados. Não que isto implique na obrigação da autoridade reguladora em prever todos os efeitos que a medida poderá ocasionar, mas exige que seja feita uma análise criteriosa para ao menos reduzir o risco de resultados negativos.

A proporcionalidade determina que a atividade regulatória tenha uma finalidade válida e que sejam usados apenas os meios necessários e suficientes para que tal objetivo seja atingido³⁴¹. Cuida-se de uma ponderação entre meios e fins, pois a atividade regulatória não pode ser valer de vias danosas, mesmo que os resultados sejam vantajosos.

Segundo a doutrina alemã citada por Luís Roberto BARROSO³⁴², a proporcionalidade se caracteriza pela adequação dos meios utilizados para

³³⁹ Neste sentido, Floriano de Azevedo MARQUES NETO afirma que a atuação estatal é residual, mas não desnecessária ou dispensável, devendo ocorrer sempre que as situações estejam a exigir do Estado participação efetiva em casos justificados (op. cit., p. 82).

³⁴⁰ Alguns autores, como Eros Roberto GRAU, Odete MEDAUER e Celso Antonio BANDEIRA DE MELO entendem pela correlação e decorrência entre proporcionalidade e razoabilidade, do que discorda Floriano de Azevedo MARQUES NETO, para quem a proporcionalidade e a razoabilidade têm conteúdos distintos. O autor afirma que a razoabilidade veda o exercício de poder de maneira a ferir o senso comum e que a proporcionalidade exige um equilíbrio entre “*benefício e restrição*” (op.cit., p. 88).

³⁴¹ Marcos Juruena VILLELA SOUTO ensina que é “(...) *dever da vedação de excessos, por força do qual sempre a Administração Pública deve agir de maneira proporcional à finalidade que deseja atingir*” (*Direito Administrativo Regulatório*, p. 203).

³⁴² *Apud* VILLELA SOUTO, Marcos Juruena (*Direito Administrativo Regulatório*, p. 203).

alcançar determinada finalidade, a verificação da forma menos gravosa para atingir o objetivo desejado e a ponderação entre o ônus decorrente e o benefício gerado, para que se possa avaliar se a medida se justifica ou não³⁴³.

A atividade regulatória, enquanto manifestação de poder, deve ser proporcional, exigindo-se que sejam utilizados meios adequados para atingir suas finalidades, sem sacrificar de maneira desnecessária direitos individuais para o atendimento de um objetivo de interesse público.

Portanto, a subsidiariedade implica em verificar quais as áreas sobre as quais se faz necessária a incidência da regulação, ao passo que a proporcionalidade indica quais os modos e a forma pela qual ocorrerá a atividade regulatória.

5.3. Finalidades da atividade regulatória

A atividade regulatória surge como uma alternativa de atuação estatal para atender àquelas finalidades que de maneira comum o Estado não dispunha de meios capazes para atender as demandas sócio-econômicas decorrentes da atual realidade oriunda da evolução tecnológica e da sociedade em geral.

Embora não seja finalidade da atividade regulatória formular as políticas públicas de interesse geral ou específico, cabe à regulação a função de concretizar tais objetivos essenciais do Estado.

Mas como não pode estar presente em todas as atividades e a todo o momento, ao Estado resta o papel de ordenar de que forma serão implementadas as diretrizes previamente concebidas para que se possa atingir as políticas públicas previamente concebidas.

³⁴³ Citando Suzana de Toledo BARROS (*O Princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, p. 74/84), Marcos Juruena VILLELA SOUTO identifica que da proporcionalidade decorrem a adequação ou idoneidade dos meios eleitos para atingir a finalidade, a necessidade ou exigibilidade de que a medida seja imprescindível e não possa ser substituída e, ainda, o que se denomina de proporcionalidade em sentido estrito, entendida como sendo a ponderação entre a adequação e necessidade da medida (op. cit., p. 204).

A finalidade da atividade regulatória é, em suma, suprir e corrigir as falhas e anomalias da ordem social e econômica, seja para reprimir condutas não desejadas ou promover aquelas desejadas, bem como prevenir situações de risco ou potencialmente danosas.

No dizer de Marçal JUSTEN FILHO, a “(...) *regulação não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para promover conscientemente os fins essenciais do Estado*” e “(...) *para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais*”,^{344 e 345}.

As finalidades da atividade regulatória se desdobram sobre a ordem social e econômica. Isto porque a regulação tem como finalidade promover objetivos econômicos e não-econômicos. Assim, tanto as finalidades sociais como as econômicas, estão inter relacionadas, porque isoladas não atingem os objetivos almejados.

Desta forma, uma das finalidades primordiais da atividade regulatória é garantir a dignidade da pessoa humana³⁴⁶ como premissa necessária e inafastável, até mesmo porque se trata de um dos fundamentos da República, tal como previsto no inciso III, do artigo 1º da Constituição³⁴⁷.

Do arcabouço do princípio da dignidade da pessoa humana, decorrem todas as outras finalidades sociais e econômicas da atividade regulatória, porque promover justiça social decorre necessariamente de desenvolvimento econômico, no sentido de possibilitar a todos existência digna através dos meios materiais adequados.

Uma vez que a concorrência e as relações de consumo estejam equilibradas, os benefícios desta equação podem ser estendidos a uma gama de indivíduos mais significativa, permitindo, aos menos desfavorecidos, acesso a bens de consumo, o que antes não era possível.

³⁴⁴ *Curso de Direito Administrativo*, p. 448.

³⁴⁵ “(...) seria a convergência dos sistemas ocidentais que acabaria assentado nos padrões de civilização que desfrutamos neste século XXI, o *primado dos direitos fundamentais*, sem espaço para o arbítrio ou imposições políticas, por mais justificadas que se apresentem” (cf. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Mutações do Direito Público*, p. 65).

³⁴⁶ Ver item 3.1.2. do Capítulo 3.

³⁴⁷ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana;”.

Não significar promover assistencialismo desmedido, mas nos termos do texto constitucional, valorizar o trabalho humano e a busca do pleno emprego³⁴⁸, para permitir renda compatível com as necessidades mínimas para a existência digna das pessoas.

Por isso é que as finalidades da regulação se interligam e se completam, apresentando-se, ainda, em diferentes vertentes e sendo concretizadas por diversos meios.

5.3.1. Meios repressivos

A atividade regulatória tem por finalidade, dentre outras, a de reprimir condutas abusivas³⁴⁹, impondo a sanção cabível quando o comando legal ou a norma regulatória não for observada sendo, portanto, desrespeitada.

A utilização de meios repressivos tem o objetivo de combater condutas proibidas que, desta forma, são consideradas como infrações.

Os meios repressivos estabelecem sanções para os agentes cujas condutas estejam abalando a ordem pública, e que desta forma tem uma resposta impositiva do Estado decorrente de um comando proibitivo em relação ao comportamento infracional.

Através dos meios repressivos, a atividade regulatória do Estado “(...) *restringe a autonomia dos particulares, visando a constrangê-los ou a induzi-los a produzir as condutas reputadas como socialmente úteis ou indispensáveis*”³⁵⁰.

A aplicação de medidas repressivas por meio do exercício da atividade regulatória do Estado, deve, contudo, observar os princípios do devido processo

³⁴⁸ Artigo 170, *caput* e inciso VIII da Constituição da República.

³⁴⁹ É o caso de abuso do poder econômico e suas formas (trustes, cartéis e *dumping*). Sobre este tema, ver o item 6.2.3. do Capítulo 6.

³⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 452.

legal, com garantia de ampla defesa e do contraditório, por se tratar de medida tendente a aplicação de uma sanção³⁵¹.

5.3.2. Meios promocionais

Não só de meios repressivos o Estado se vale para promover as finalidades da atividade regulatória. Existe uma tendência jurídica em adotar, para determinadas situações, medidas promocionais em substituição ao caráter sancionador.

É que não basta reprimir as condutas indesejadas, também é preciso incentivar aqueles comportamentos desejados. É o benefício em lugar da sanção, é o prêmio ao invés da punição. Assim, toda vez que o agente praticar determinada conduta tida como desejada, receberá uma contra partida por parte do Estado.

Como instrumento de desenvolvimento sócio-econômico, a atividade regulatória deve fomentar³⁵² atividades que contribuem para que condições favoráveis possam ser implementadas de maneira eficiente.

O fomento público, aliás, é uma das finalidades da regulação, para atrair investimentos necessários para os setores regulados. A regulação de fomento tem como finalidade incentivar que determinadas atividades sejam desenvolvidas para atender interesses públicos que não são realizados de maneira natural.

³⁵¹ Marcos Juruena Villela SOUTO entende que: “A imposição de sanções no exercício da função regulatória, por buscar o equilíbrio de interesses em tensão, deve decorrer de um processo peculiar, distinto do processo administrativo sancionatório. Isto porque não se trata, necessariamente, de uma *acusação*, mas, sim, de uma restrição de liberdade, que, para ocorrer, deve ser cotejada com o outro interesse a ser valorizado. Destarte, é preciso identificar os interesses, colocando-os frente a frente, permitindo a solução negociada entre eles para, então, substituir-se a iniciativa privada pela pública. Daí propor-se que o procedimento não deveria se processar sob o rito inquisitorial – o sancionador não deve ser parte e julgador (como no processo administrativo tradicional), mas alguém deve ser neutro, equidistante (e, preferencialmente, “independente”) das partes. O processo deve ser precedido de uma tentativa de conciliação e de mediação, antes de entrar na fase arbitral; por isso pode, antes da decisão, ser substituído por um acordo (acordo substitutivo) e, depois, resultar numa extensão normativa do julgado a todos os demais agentes que se encontrem na mesma situação e que operem a retro-alimentação do sistema regulatório. A decisão não deve ser voltada apenas para a imposição de uma pena, mas para a restauração do equilíbrio” (*Direito Administrativo Regulatório*, p. 30).

³⁵² Fomento como forma de incentivo, e não como meio de promoção de políticas assistencialistas e/ou providencialistas.

Marcos Juruena Villela SOUTO assevera que o fomento representa uma das principais técnicas da atividade regulatória, vez que tem o condão de exercer uma influência efetiva sobre as atividades reguladas, representando “(...) *uma tendência a incentivar investimentos privados em determinados setores contemplados pelas políticas públicas, sendo essa atribuição de benefícios uma regulação executiva, normalmente implementada pelas agências oficiais de fomento influenciando, assim, a eficiência na alocação de recursos*”³⁵³.

Através do fomento, o Estado estimula a iniciativa privada a participar de um projeto de interesse público para render ensejo a um resultado coletivo. Mas o fomento deve ser justificado, já que por vezes recursos públicos são empregados nos benefícios e incentivos concedidos.

5.3.3. Meios preventivos

A atividade regulatória do Estado também tem a finalidade de identificar previamente atos e fatos que possam produzir efeitos negativos, para que, desta maneira, sejam evitados. É um diagnóstico que antecede situações de risco, traduzindo-se em uma ação preventiva, uma *profilaxia* regulatória que precede condutas, limitando-as através de medidas de natureza normativa e impositiva.

O controle e a fiscalização dos setores regulados é uma das formas de prevenção regulatória. Através do controle e fiscalização, o Estado atua para evitar crises econômicas e convulsões sociais³⁵⁴.

A atividade regulatória, neste particular, tem a finalidade de evitar a verificação e a concretização de eventos danosos, utilizando-se, até mesmo dos meios coercitivos para prevenir tais situações³⁵⁵.

³⁵³ *Direito Administrativo Regulatório*, p. 99. O autor ainda elenca as formas mais comuns de fomento: incentivos tributários, garantias, empréstimos, assistência técnica e privilégios especiais (p. 99/100).

³⁵⁴ É o caso do controle de abastecimento, que tem por finalidade evitar que o mercado fique desprovido de produtos e serviços por força de algum fator que impeça a distribuição para os consumidores (cf. José dos Santos CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, p. 759).

O Estado também pode realizar o planejamento de determinados setores regulados, estabelecendo diretrizes a serem observadas pelos agentes, exigindo, assim, condutas e comportamentos prévios e necessários para que não ocorram distúrbios sociais e instabilidade econômica.

Os meios preventivos da atividade regulatória servem para promover uma blindagem contra variações políticas e cenários globais ou nacionais desfavoráveis, garantindo estabilidade para os agentes dos setores regulados.

Existe ainda a finalidade informativa da atividade regulatória enquanto verificada de maneira preventiva, para evitar o que se denomina de *assimetria da informação*, que representa uma falha decorrente da restrição de dados, ocasionando um desequilíbrio de conhecimento sobre determinado objeto³⁵⁶.

5.4. Limites da atividade regulatória

A atividade regulatória assumiu tamanha importância na atualidade, pois incide sobre atividades públicas e privadas essenciais³⁵⁷, que é indispensável que a regulação possa ser exercida de maneira autônoma e independente para assegurar o tratamento desses setores de importância³⁵⁸. Mas ainda assim são necessários que sejam impostos limites para este tipo de atividade administrativa.

Embora a atividade regulatória tenha diversos fundamentos³⁵⁹, o Direito é o instrumento capaz de estabelecer limites para esta atuação estatal. É que a regulação, por ser uma manifestação de poder através do exercício da função

³⁵⁵ Como já afirmado anteriormente “(...) *as finalidades da regulação de interligam e se completam*” (p. 119).

³⁵⁶ Sobre a assimetria da informação, ver item 6.2.2. do Capítulo 6.

³⁵⁷ V.g. telecomunicações, energia elétrica, petróleo, saúde suplementar, vigilância sanitária, aviação civil, transportes terrestres, águas, etc.

³⁵⁸ BAGANHA, José Tomás. *A Regulação na Aviação Civil em Portugal, no Quadro da União Europeia*, p. 120.

³⁵⁹ Históricos, econômicos, políticos, sociais e jurídicos.

administrativa e por possuir, no mais das vezes, caráter normativo, deve encontrar limites para evitar que abusos e arbitrariedades sejam perpetrados³⁶⁰.

Analisar a atividade regulatória sob o aspecto jurídico é um desafio. Não que a regulação seja um empecilho para o Direito, mas porque ainda existem muitas divergências quanto à sua definição e natureza, embora se entenda pela sua adequação e compatibilidade com a ordem jurídica.

A atividade regulatória, não obstante todo seu aspecto inovador, deve se harmonizar à ordem jurídica vigente, não podendo ser contrária ao Direito, sem o que a regulação não terá validade, devendo ainda observar *parâmetros formais e materiais*³⁶¹.

É que o exercício da atividade regulatória, enquanto produção e aplicação de atos normativos, deve possuir limites, até mesmo porque no Estado de Direito, como é o caso brasileiro, o poder constituído também está sob a égide do Direito.

Por isso é que Carlos Ari SUNDFELD alerta:

“O desprezo pelo Direito é sempre um caminho desastroso; os reguladores, que têm tarefas e poderes imensos, precisam ser alertados disso. O dever de obedecer ao Direito nem é uma velharia nem item a mais do “custo Brasil”. Todo Estado civilizado respeita sua ordem jurídica e luta por sua preservação, mesmo durante as grandes transformações.”³⁶²

A atividade regulatória pode colocar restrições sobre as atividades reguladas, mas não pode extrapolar os limites jurídicos, de maneira a inviabilizar a iniciativa privada³⁶³. A autonomia da vontade deve prevalecer, desde que não cause danos e nem comprometa a ordem pública, quando então pode e deve intervir o Estado³⁶⁴.

³⁶⁰ A atividade regulatória deve possuir um “(...) referencial de juridicidade” para ser legítima (cf. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Direito Regulatório*, p. 93).

³⁶¹ Cf. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, que esclarece que os *parâmetros formais* estabelecem limites procedimentais e temporais e que os *parâmetros materiais* fixam o conteúdo substantivo da regulação (*Mutações de Direito Administrativo*, p. 168).

³⁶² *Introdução às Agências Reguladoras*, p. 38.

³⁶³ A livre iniciativa é um limite à atividade regulatória, pois só pode ser restringida quando estritamente necessário.

³⁶⁴ Por isso é que a atividade regulatória tem como características a subsidiariedade e proporcionalidade.

Desta forma, a atividade regulatória deve observar os limites jurídicos do texto constitucional e do princípio da legalidade que, embora não absolutos, devem prevalecer para fins de promover os direitos e liberdades individuais³⁶⁵.

5.4.1. Constituição

A Constituição pode ser considerada marco jurídico inicial, pelo que a atividade regulatória encontra no texto constitucional todo seu balizamento³⁶⁶, sem o que a regulação não tem fundamento de validade. Por mais que a atividade regulatória tenha características de independência e autonomia, deve ser compatível com o texto constitucional³⁶⁷.

Mais que um limite, a Constituição estabelece de que forma a atividade regulatória deve ser concebida³⁶⁸. Estabelece quais setores receberão atenção regulatória do Estado, sobre os quais incidirão controles específicos, fiscalização, restrições ou incentivos.

A Constituição condiciona a atividade regulatória, reservando para a iniciativa privada a autonomia para o exercício das atividades particulares. Somente quanto o texto constitucional autorizar, é que o Estado, por meio da atividade regulatória, poderá de alguma forma interferir no domínio privado³⁶⁹.

O texto constitucional estabelece que deve prevalecer a livre iniciativa como regra. Assim, apenas nas situações em que houver fundamento válido e legítimo é que a atividade regulatória poderá limitar de alguma maneira tal liberdade para atingir interesses gerais e coletivos.

A livre iniciativa é um princípio de liberdade constitucional, que permite aos particulares escolher as atividades de acordo com sua opção, sendo que isto limita

³⁶⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Atividades Privadas Regulamentadas: Autorização Administrativa, Poder de Polícia e Regulação*, p. 18.

³⁶⁶ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *A Regulação como Instituto Jurídico (Segunda Parte)*, p. 73.

³⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*, p. 131/132.

³⁶⁸ Sobre Constituição e regulação, ver Capítulo 3.

³⁶⁹ É o caso da saúde suplementar, que recebe regulação, mas ainda assim não pode ocorrer a supressão da iniciativa privada. Neste setor, o Estado ordena as atividades sem suprimir a atuação privada ou absorvendo os serviços (cf. Eduardo Augusto de Oliveira RAMIRES, *A Justificação e os Limites da Regulação da Saúde Suplementar*, p. 66/67).

a atuação do Estado sobre o domínio privado, que de regra pode operar sem restrições e em regime de competição.

Mas isso não significa que o Estado não pode impor limites a determinadas atividades, condicionando o exercício de algumas modalidades que sofrem incidência regulatória, observando a subsidiariedade e proporcionalidade próprias da regulação estatal.

O texto constitucional limita a atividade regulatória sobre os setores que necessitam de adequação por meio da atuação estatal, para garantir que os empreendimentos desenvolvidos pelos particulares atinjam os objetivos constitucionais de promover valores fundamentais³⁷⁰.

Aliás, se no exercício da atividade regulatória ocorrer qualquer lesão a direito ou garantia fundamental, o texto constitucional autoriza a adoção das medidas cabíveis³⁷¹.

Além disso, a Constituição precede qualquer ato normativo e também estabelece diretrizes de organização e gestão administrativa. Neste aspecto, a regulação, por ser uma atividade administrativa, deve observar os princípios do *caput* do artigo 37 da Constituição³⁷².

Em particular, merece atenção específica o princípio da legalidade, que representa uma garantia individual fundamental³⁷³, sendo que a reserva legal é uma característica marcante dos ordenamentos constitucionais dos Estados de Direito modernos.

³⁷⁰ Sobre regulação e direitos fundamentais, ver item 3.1.3. do Capítulo 3. Aliás, os direitos fundamentais servem como limites gerais aos poderes do Estado, dentre os quais está o exercício da função regulatória.

³⁷¹ Na esfera administrativa e judicial.

³⁷² Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

³⁷³ Artigo 5º, inciso II da Constituição da República.

5.4.2. Legalidade

Toda e qualquer medida tendente a criar, modificar ou suprimir direitos e a impor deveres e obrigações, deve decorrer da lei. Carlos Ari SUNDFELD ensina que o “(...) *poder de regular originariamente os direitos é exclusivamente da lei*”³⁷⁴.

O princípio da legalidade representa uma garantia aos cidadãos em geral, de que somente serão obrigados a fazer ou deixar de fazer algo em virtude de lei³⁷⁵. Mas o alcance da legalidade não se restringe a este aspecto. O *caput* do artigo 37 da Constituição da República estabelece que a administração pública direta e indireta dos entes políticos obedecerá ao princípio da legalidade.

Isto por que toda a atividade administrativa rege-se pela legalidade, de forma que os agentes públicos atuam de acordo com a lei. Sobre a legalidade, assim ensina Hely Lopes MEIRELLES:

“Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto que na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’”³⁷⁶.

Sendo a atividade regulatória uma atividade administrativa, sujeita-se ao princípio da legalidade, já que seu exercício está subordinado aos limites legais. A regulação não pode, portanto, tratar de matéria cuja Constituição reserva para a disciplina legal (reserva legal). A princípio, apenas a Constituição e a lei compatível com o texto constitucional têm o condão de inovar a ordem jurídica³⁷⁷.

Mas a letra fria da lei muitas vezes não revela a verdadeira intenção do legislador. Atender ao *espírito* da lei vai muito além da sua mera aplicação. A lei muitas vezes permite interpretações em seu texto, que devem ser orientadas pelos

³⁷⁴ *Direito Administrativo Ordenador*, p. 17.

³⁷⁵ Artigo 5º, inciso II da Constituição da República: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”. O princípio da legalidade tem inúmeras variações, como a legalidade penal, tributária e administrativa.

³⁷⁶ Op. cit., p. 86.

³⁷⁷ Salvo alguns casos em que outros atos normativos tenham poder inovador.

princípios gerais de Direito, de maneira que aplicar a lei muitas vezes significa extrair das palavras seu verdadeiro significado.

Por isso é que, mesmo admitindo-se a vinculação da atividade regulatória aos limites legais, a atuação do Estado neste sentido possui um espaço para a discricionariedade, voltada para atender os princípios constitucionais que regem a regulação, observando ainda a eficiência, razoabilidade e proporcionalidade.

Além disso, a legalidade não retira o caráter normativo da atividade regulatória, pois não impede a atuação estatal desta forma. Pelo contrário. A Constituição reconhece esta possibilidade do Estado atuar como agente normativo e regulador³⁷⁸.

Por outro lado, analisar o tema da legalidade e regulação necessita de uma adequação. A complexidade das relações sociais e econômicas atuais exige uma atuação estatal diferenciada, dotada de instrumentos dinâmicos, próprios, eficazes, adequados e especializados, possibilitando ao Estado a capacidade de enfrentar os novos desafios que lhe são apresentados.

Significa verificar a complexidade dos aspectos e fundamentos da atividade regulatória, sem que isto signifique em uma tentativa de flexibilizar ou afastar o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade não impõe que toda a atuação estatal esteja *prevista* na lei. Toda atuação estatal deve, sim, estar *baseada* na lei³⁷⁹, podendo o Estado desenvolver os meios adequados para atingir suas finalidades, razão pela qual a atividade regulatória deve ser motivada.

A atividade regulatória tem no princípio da legalidade um limite na medida em que impõe à administração pública a obrigação de atuar conforme a lei. Mas atuar conforme a lei não significa apenas e tão somente executar o comando legal.

³⁷⁸ Artigo 174, *caput* da Constituição da República. Em outros dispositivos constitucionais também há a previsão da regulação como atividade estatal.

³⁷⁹ “Note-se que ‘em virtude de lei’ não significa que apenas a lei é a fonte de obrigações. Como dito, os órgãos reguladores, dentro de um marco regulatório, atuam, especialmente, pela edição de normas, que explicitam conceitos jurídicos indeterminados dentro de cada segmento regulado, orientando a atuação dos agentes de mercado com vistas ao atendimento do interesse público (o fazem ‘em virtude de lei’)” (cf. Marcos Juruena VILLELA SOUTO, *Direito Administrativo Regulatório*, p. 172).

Embora em muitos casos a atividade administrativa seja o exercício do poder vinculado, ficando sua atuação adstrita aos ditames legais, a administração pública também pode atuar com margem de escolha quando a lei assim lhe atribuir competência, podendo desta forma exercer suas funções, justificando as medidas adotadas, pois seus atos e decisões ainda assim terão sustentação legal³⁸⁰.

No âmbito da regulação, o princípio da legalidade serve para estabelecer parâmetros legais para a atuação do Estado. Há a previsão legal de competência regulatória, mas também são definidas finalidades a serem alcançadas³⁸¹.

A lei deve apresentar fatores determinantes, definindo o escopo a ser alcançado e estabelecendo o conteúdo essencial da atuação regulatória, determinando objetivos genéricos, mas sem uma atribuição de competência normativa ilimitada sobre a matéria.

É uma visão moderna da legalidade que tem sido aplicada à atividade regulatória, sem que isto signifique em supressão do princípio, até mesmo porque a Constituição reserva algumas matérias ao crivo da lei³⁸². Assim, regulação e legalidade guardam estrita relação, vez que os cânones do direito moderno e a complexidade e constante mutação das relações sócio-econômicas, exigem do Estado uma atuação dinâmica, mas legítima³⁸³.

³⁸⁰ Esta a visão de Charles EISENMANN tratada por Alexandre Santos de ARAGÃO (*As Boas Práticas da Indústria do Petróleo como o Eixo da Regulação do Setor*, p. 10).

³⁸¹ Neste sentido verifica-se a figura do *standart*, que significa “(...) *uma maneira de solução de conflitos de interesses na qual o aplicador da lei adota diretivas como normas de conduta, que lhe permitem resolver o caso com sentido de justiça considerando os fatores econômicos, sociais e até mesmo morais existentes dentro da norma legal e de princípios de aplicação flexível. Há nele uma boa dose de empirismo e pragmatismo. A equidade quase sempre está neste tipo de decisão, e a eficiência será maior quanto maior for a flexibilidade institucional*” (cf. Rafael BIELSA, *Metodologia Jurídica*, p. 509/510 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Boas Práticas da Indústria do Petróleo como o Eixo da Regulação do Setor*, p. 13).

³⁸² BALTHAZAR, Ezequiel Antonio Ribeiro. *A legalidade no Estado democrático de direito: necessidade de razoabilidade e de proporcionalidade das leis*, p. 114.

³⁸³ “Se bem é verdade que a atividade regulatória não pode prescindir de uma forte e bem articulada base legal, certo também é a impossibilidade de que todo arcabouço regulatório seja editado pelo Parlamento. A especialidade, a complexidade, a multiplicidade e a velocidade de surgimento das *questões regulatórias* determinam a necessidade de que parcela significativa da regulação estatal seja delegada ao órgão regulador. Até porque nestes espaços se torna impossível (mediante os instrumentos de mediação e interlocução internos ao *locus* regulatório) a produção de regras, instrumentos e decisões com muito maior possibilidade de operacionalização (eficácia) e de implementação (efetividade). Daí por que é recorrente a discussão em torno da violação ou não dos limites legais na atividade dos órgãos reguladores” (cf. Floriano de Azevedo MARQUES NETO, *op. cit.*, p. 82).

Por isso é que a lei ainda é o pressuposto necessário da atividade regulatória, estabelecendo as finalidades primárias e essenciais para o setor regulado, “(...) *de modo que o poder exercido pelo agente público esteja vinculado a um objetivo e delimitado à sua finalidade [da lei]*”³⁸⁴.

5.5. Controle

A evolução da ordem econômica e social exigiu do Estado uma atuação inovadora através da regulação. Mas o exercício desta função possui limites e deve ser controlada. É que embora uma das finalidades da atividade regulatória seja a de corrigir distorções sociais e econômicas, a própria regulação pode apresentar defeitos ^{385 e 386}.

O controle sobre a atividade regulatória serve para verificar a sua adequação à situação concreta, de modo que o exercício da regulação observe suas características e finalidades, dentro dos limites de suas competências.

Assim, o exercício da atividade regulatória pode apresentar desvios e abusos, tais como os verificados no desempenho da atividade administrativa comum, pois os agentes que detém o poder podem tomar atitudes arbitrárias e cometer excessos, mesmo no campo da regulação.

Há, portanto, a necessidade de mecanismos eficientes de controle, capazes de assegurar os limites impostos pelo ordenamento jurídico, pois a atividade regulatória não pode, e nem deve, ser manejada sem critérios, até mesmo por conta das suas próprias características e finalidades.

³⁸⁴ GUERRA, Glauco Martins. *Agências reguladoras no Brasil: princípio da legalidade e regulação*, p. 346.

³⁸⁵ Sobre o risco regulatório, ver item 5.2.1.1. deste Capítulo.

³⁸⁶ “Os erros, inconsistências técnicas, indefinições e impropriedades, comprovados em dezenas de processos atinentes à atividade regulatória, apenas robustecem a necessidade da atuação tempestiva e permanente do controle externo, na supervisão da atuação dos entes reguladores” (cf. Walton Alencar RODRIGUES, *O Controle da regulação no Brasil*, p 48).

Por estes motivos é que a atividade regulatória sofre as mesmas formas de controle que a atividade administrativa, com algumas particularidades adiante verificadas.

A autonomia da atividade regulatória confere aos órgãos reguladores gestão própria no que tange à administração de recursos financeiros. Neste aspecto verifica-se o controle tradicional exercido pelos Tribunais de Contas.

Entretanto, estes entes de controle devem ter em vista que as entidades reguladoras não se equiparam aos órgãos da estrutura administrativa clássica, embora façam parte do Poder Executivo, razão pela qual devem analisar suas atividades sob outros aspectos.

No caso do controle pelos Tribunais de Contas³⁸⁷, cabe a verificação da correta aplicação dos recursos públicos destinados aos órgãos reguladores³⁸⁸, verificando-se a sua adequação aos ditames que regem a matéria³⁸⁹.

Ademais, convém destacar que a atuação do Tribunal de Contas da União, quando, não se limitando à verificação do dispêndio de recursos públicos, apenas apontou uma falha e opinou pela sua correção³⁹⁰, sem que isto signifique interferir sobre a atividade regulatória em si³⁹¹.

Por outro lado, ao Ministério Público³⁹² cabe o controle através de procedimentos preliminares e inquéritos civis ou através da provocação do Poder Judiciário por meio de ação civil pública, para o efeito de pretender tutela jurisdicional, mesmo quando se tratar de situações envolvendo a atividade regulatória do Estado, mas dentro de suas atribuições constitucionais.

³⁸⁷ Em especial o controle do Tribunal de Contas da União sobre as agências reguladoras federais. Sobre este tema, destaque-se, ainda, o controle exercido pela Secretaria Federal de Controle Interno, que fiscaliza a aplicação de recursos públicos na esfera federal (cf. Sérgio GUERRA, *Introdução ao Direito das Agências Reguladoras*, p. 73).

³⁸⁸ Na forma dos artigos 70 e 71 da Constituição da República.

³⁸⁹ “Assim sendo, escapa às atribuições dos Tribunais de Contas o exame das atividades dessas autarquias especiais quando elas não envolvam dispêndio de *recursos públicos*. Isto se dá, por exemplo, quando o Tribunal de Contas objetiva obter informações de deveres dos concessionários, atividade que, a par de não envolver dispêndio do dinheiro público, constituem a razão de criação da própria agência reguladora. Não lhe cabe avançar a atividade fiscalizadora sobre a atividade-fim da agência reguladora, sob pena de violação do princípio da separação de Poderes” (cf. Luís Roberto BARROSO, *Temas de Direito Constitucional*, tomo II, p. 296/297).

³⁹⁰ RODRIGUES, Walton Alencar, op. cit., p. 48.

³⁹¹ É exatamente o exemplo apontado por Luís Roberto BARROSO na nota 118 supra.

³⁹² “(...) instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (cf. *caput* do artigo 127 da Constituição da República).

No que se refere ao exercício da atividade regulatória propriamente dita, as modalidades de controle se mostram mais complexas³⁹³.

Embora edite as leis que servem de fundamento e limite para o exercício da regulação³⁹⁴, o Poder Legislativo exerce controle sobre a atividade regulatória. É um controle externo, pois deriva de outro poder, em que são utilizados os mecanismos constitucionais de controle parlamentar³⁹⁵.

A atividade regulatória envolve o exercício de competência normativa, e por isso há esta necessidade de monitoramento constante dos atos de regulação pelo Poder Legislativo, até mesmo porque se traduz em uma imposição constitucional³⁹⁶.

O controle exercido pelo Poder Legislativo permite, ainda, uma outra análise. Considerando que a atividade regulatória tem seus limites na Constituição e nas leis, há, em tese, um controle político, devido às opções legislativas de quais matérias serão objeto de delegação de competência normativa e quais serão as regras legais que irão disciplinar o setor regulado.

Já o controle da atividade regulatória exercido pelo Poder Judiciário decorre do princípio da universalidade da jurisdição³⁹⁷. Isto porque, ainda que a atividade regulatória possa ocorrer de maneira discricionária, não significa que os atos regulatórios que venham a causar lesão ou ameaça de lesão estejam afastados do controle judicial.

O controle judicial de atos discricionários, entretanto, não é unânime e ainda encontra divergências na doutrina. Os que defendem a impossibilidade de tal controle se baseiam, no mais das vezes, na tripartição e independência dos poderes.

³⁹³ “E este controle deve ser exercido não só retrospectivamente, mas deve-se desenvolver de forma permanente, mediante o constante monitoramento destas metas no próprio curso da atividade regulatória” (cf. Floriano de Azevedo MARQUES NETO, op. cit., p. 97).

³⁹⁴ Além da Constituição da República.

³⁹⁵ Previstos no artigo 49 da Constituição da República, em especial os dos incisos V e X, que atribuem, respectivamente, competência para o Congresso Nacional “*sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*” e “*fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta*”.

³⁹⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*, p. 103.

³⁹⁷ Artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República.

Mas em matéria regulatória verifica-se uma mudança significativa no âmbito do controle judicial. O espaço regulatório tem proporcionado certa abertura de campos até então tidos como absolutos, como é o caso da adequação, e não afastamento, do princípio da legalidade.

Portanto, cabe ao Poder Judiciário analisar o ato regulatório discricionário, mas não substituir seu conteúdo, o que significaria exercer a regulação no lugar do órgão regulador. Mas o controle judicial não deve ficar adstrito à verificação da adequação ao texto constitucional e ao princípio da legalidade em aspectos formais, mas também para apreciar se a atividade regulatória respeitou as questões de conteúdo^{398 e 399}.

É necessário, portanto, que a atividade regulatória não esteja somente de acordo com a lei e a Constituição, mas que também que cumpra e observe as finalidades e objetivos traçados. O controle judicial da regulação não representa apenas controle de legalidade *stricto sensu*, mas um controle sobre a legitimidade da atividade regulatória⁴⁰⁰.

O controle judicial da atividade regulatória representa um novo desafio para o Poder Judiciário, considerando que a regulação possui caráter multifacetado e fundamentos diversos, sendo, ainda, uma atividade que se apresenta como uma função técnica altamente especializada.

Desta forma, o controle judicial da atividade regulatória vai exigir do Poder Judiciário não só conhecimentos técnicos e específicos do setor regulado, como

³⁹⁸ “Essa abertura proporcionada, ao desbastar o poder de império incontestável que havia se encastelado no ramo executivo do Estado, possibilitou, entre outros aperfeiçoamentos, o exame do *mérito* do ato administrativo, imprescindível para o controle do correto exercício da discricionariedade e emprego dos conceitos jurídicos indeterminados” (cf. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Mutações do Direito Público*, p. 63).

³⁹⁹ Esta tendência é reflexo da adoção do modelo regulatório dos Estados Unidos da América, em que o mérito do ato administrativo é analisado pelo Poder Judiciário, principalmente em confronto com princípios (razoabilidade, subsidiariedade e proporcionalidade), sendo que o direito norte-americano tem apresentado, ainda, o controle da atividade regulatória por meio de regras de processo administrativo para garantir maior transparência e publicidade dos atos regulatórios (cf. Carolina Gabas STUCHI, *Regulação e desregulação diante dos princípios da administração pública*, p. 117). Sobre a doutrina norte-americana de controle judicial dos atos administrativos, há que se fazer um registro. Eduardo Garcia de ENTERRÍA (*Sobre la doctrina norteamericana de la deferencia judicial hacia el Ejecutivo*, p. 1271/1295) analisou com ressalvas a tradução da obra de Christopher EDLEY JR., intitulada *Direito Administrativo: Reconhecer o Controle Judicial da Administração Pública*, mas constatou que existe uma tendência nos Estados Unidos em reconhecer a imunidade de determinados atos administrativos ao controle judicial, o que entendeu pela reabilitação da arcaica teoria dos atos políticos e de governo.

⁴⁰⁰ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente, op. cit., p. 104.

também a necessária ponderação dos interesses envolvidos, pois uma só decisão pode abalar todo o sistema. Há que se sopesar os efeitos que controle judicial pode exercer sobre as atividades reguladas.

Quando o ato regulatório discricionário é motivado por critérios que representam a opção mais adequada para a situação objeto de regulação, não se pode admitir alteração via controle judicial, pois as circunstâncias demonstram que foi adotada a solução compatível para o caso.

Se optar pela anulação por não conformação do ato regulatório discricionário, o Poder Judiciário deve determinar que outro seja expedido de acordo com a decisão judicial. Somente haverá substituição judicial do ato regulatório discricionário quando a conclusão seja de que somente uma alternativa é possível para o caso, o que equivale afirmar que o ato, em verdade, é vinculado⁴⁰¹.

Sobre o controle da atividade regulatória pelo Poder Executivo, a questão gira em torno da característica de independência da regulação. Cumpre anotar, entretanto, que a independência regulatória não afasta os órgãos reguladores da administração pública⁴⁰².

A característica de independência significa que a atividade regulatória não está sujeita às influências políticas e partidárias, mas as entidades reguladoras integram a administração pública indireta. Assim, o Poder Executivo não pode interferir sobre a atividade regulatória, mas pode fiscalizar se as finalidades constitucionais e legais da regulação estão sendo observadas⁴⁰³.

O controle exercido pelo Poder Executivo sobre a atividade regulatória, acaba sendo o mesmo que é aplicado para as demais atividades administrativas tradicionais. A ressalva é que, ao Poder Executivo, cabe verificar se as políticas públicas estabelecidas para o setor regulado estão sendo alcançadas e cobrar providências sem, contudo, interferir no modo pelo qual a atividade regulatória é desenvolvida.

⁴⁰¹ GUERRA, Sérgio, op. cit., p. 78.

⁴⁰² Até mesmo porque existe uma relação inter orgânica entre os entes de uma mesma esfera da administração pública (cf. Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho Administrativo, II*, p. 60).

⁴⁰³ É um controle finalístico, em que se verifica se as diretrizes regulatórias foram cumpridas ou não e se houve desvio das finalidades traçadas para a regulação (cf. Marcelo ALEXANDRINO e Vicente PAULO, op. cit., p. 105).

Há ainda que se mencionar o que se pode denominar de controle social da atividade regulatória, que se verifica em várias frentes. Pode ocorrer pela sociedade, através de procedimentos participativos, como é o caso das audiências públicas, ou através de ação popular⁴⁰⁴ quando cabível.

Na medida em que o desenvolvimento da atividade regulatória pode representar exercício de função normativa, cujos efeitos poderão atingir vários setores, foi ampliada a noção de participação popular, que pode ser individual ou coletiva de diversos segmentos da sociedade⁴⁰⁵.

Segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, é por isso que se fala “(...) *em sociedade pluralista, aquela em que os representantes dos vários setores e não apenas os grandes grupos, devem ter a mesma possibilidade de participação*”⁴⁰⁶.

A proteção e defesa do interesse público não é apenas função do Estado, pois os cidadãos também podem exercer esta atribuição, participando para exigir publicidade, motivação e transparência no exercício da atividade regulatória, apresentar sugestões e reclamações, ainda que não acatadas, desde que de maneira fundamentada, obter informações e até mesmo denunciar irregularidades⁴⁰⁷.

Os meios de comunicação social também exercem uma forma de controle social – dentro dos limites⁴⁰⁸ –, na medida em que a mídia divulga acontecimentos decorrentes da atividade regulatória, tornando público e levando ao conhecimento de todos os atos que possam estar eivados de vícios.

5.6. Competência regulatória

⁴⁰⁴ Lei nº 4.717/1965.

⁴⁰⁵ “Essa *processualidade participativa*, como qualquer outra que se destine a disciplinar a ação do Estado para conferir-lhe previsibilidade no procedimento e efetiva garantia dos direitos das partes, envolve sempre uma cuidadosa reafirmação do sentido formal do *direito ao devido processo legal*, constitucionalmente garantido” (cf. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Mutações do Direito Público*, p. 69).

⁴⁰⁶ *Regulação, Poder Estatal e Controle Social*, p. 166.

⁴⁰⁷ Sob estes aspectos, verifica-se uma fragilidade do controle social, pois a população brasileira não tem o costume cultural de participar de eventos desta natureza, até mesmo pelas mazelas sociais do País e pela extrema complexidade de alguns assuntos tratados em sede de regulação.

⁴⁰⁸ Como os estabelecidos pela Lei nº 5.250/1967, a denominada Lei de Imprensa, além de outros limites próprios da atividade jornalística.

A competência para o exercício da atividade regulatória não se confunde com a repartição constitucional de competências legislativas e executivas. Embora algumas das competências delineadas no texto constitucional guardem relação com algumas diretrizes e temas que envolvam regulação, não tratam do exercício da competência regulatória.

É o Estado, em suas diversas esferas⁴⁰⁹, que possui competência regulatória, exercida de maneira direta ou através de órgãos específicos⁴¹⁰ para o desempenho desta atividade. Assim, o Estado pode utilizar da sua estrutura comum ou criar entidades próprias para o exercício da atividade regulatória.

Existe uma preferência de que a competência regulatória seja exercida por órgãos reguladores independentes, próprios do modelo regulador, vez que a regulação exige conhecimentos técnicos e especializados para organizar determinadas atividades ou setor específico⁴¹¹. Entretanto, isto não exclui a competência regulatória de outros órgãos estatais cujas atribuições também abrangem o exercício de atividade regulatória⁴¹².

A materialização da competência regulatória se verifica através do exercício da função administrativa, em que através de uma manifestação de poder do Estado, ocorrerá uma atuação estatal sobre determinado aspecto da ordem econômica e social, seja de cunho normativo⁴¹³, decisório⁴¹⁴ ou pela simples aplicação da lei. A competência regulatória também se verifica através do exercício de atividades administrativas comuns⁴¹⁵.

⁴⁰⁹ Federal, estadual, distrital ou municipal.

⁴¹⁰ V.g. agências reguladoras independentes (ver Capítulo 7).

⁴¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Omissões na Atividade Regulatória do Estado e Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*, p. 253.

⁴¹² Como é o caso do Banco Central do Brasil, que embora não seja autarquia em regime especial (como as agências) e não tenha denominação de órgão regulador, exerce a função de regular o setor financeiro e bancário. Além disso, alguns órgãos ligados aos Ministérios e Secretarias estaduais e municipais têm função regulatória.

⁴¹³ Consiste na possibilidade de editar atos de cunho normativo e, de consequência, obrigando os agentes regulados e disciplinando relações. Pode-se afirmar, inclusive, que neste aspecto a atividade regulatória teria poder inovador.

⁴¹⁴ Ocorre quando há solução de conflitos.

⁴¹⁵ Quando se fiscaliza determinada atividade, com o cumprimento e aplicação da lei ou pela concessão de autorizações e licenças quando for o caso.

Por isso é que se tem comumente afirmado que a atividade regulatória do Estado é tida como uma nova forma de atuação estatal, por abranger diferentes aspectos, que não só os de função meramente administrativa.

No aspecto normativo é que a competência regulatória tem despertado mais discussão. Até mesmo porque há necessidade de distinguir a competência legislativa da competência regulatória.

A competência legislativa diz respeito à possibilidade de elaboração e edição de lei em sentido formal, ao passo que a competência normativa indica a capacidade de produzir atos de cunho normativo.

Sobre a distinção entre competência legislativa e competência normativa, Marçal JUSTEN FILHO esclarece:

“A expressão *competência normativa* apenas pode ser utilizada se acompanhada da advertência de que se refere a um gênero de competências estatais, relacionadas à produção de atos destinados a gerar normas jurídicas. Sob esse ângulo, a competência legislativa é uma modalidade de competência normativa.

Simplificando essa construção e mesmo correndo o risco de induzir algum equívoco, a competência normativa é o poder estatal de produzir atos de cunho vinculante para a conduta humana. A lei é uma das categorias de atos de cunho vinculante, mas não é a única.”⁴¹⁶

Mas há que se ressaltar que a normatividade é uma característica presente na competência regulatória. É que existe a necessidade de atos de cunho normativo para ordenar os setores regulados, cuja dinâmica decorrente de inovações tecnológicas, sociais e econômicas, exige maior agilidade de disciplina normativa, sem que disso seja preciso a edição de leis.

As novas realidades sócio-econômicas próprias da era contemporânea e inspiradoras do modelo regulador importam, necessariamente, que o exercício da atividade regulatória tenha competência normativa.

⁴¹⁶ *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 487.

Isto não significa que a competência normativa regulatória seja ilimitada. Pelo contrário, a Constituição⁴¹⁷ e a lei são de observância obrigatória, tanto que não se admite a edição de regulamentos autônomos (seja em matéria de regulação ou qualquer outra).

Embora exercida com limites, a atividade regulatória se materializa em decorrência de delegação de competência normativa. O Poder Legislativo, a quem incumbe editar atos legislativos em sentido formal decorrentes do processo legislativo, pode entender por não disciplinar determinadas matérias de maneira exaustiva e pormenorizada⁴¹⁸.

Desta maneira, a opção do legislador consiste em remeter ao Poder Executivo a competência normativa para disciplinar determinada matéria. A competência regulatória decorre desta opção, em que existe margem para a discricionariedade, ainda que limitada pela lei.

A competência regulatória é exercida a partir do momento em que são verificadas situações irregulares na ordem social e econômica, organizando determinadas atividades e setores, nos limites constitucionais e legais. A competência regulatória serve para fixar regras próprias, específicas e de cunho técnico sobre o objeto regulado, sem que isto implique em substituir o legislador⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Não se pode admitir que a Constituição seja ignorada por conta de conjunturas econômicas e sociais em nível global em detrimento da própria identidade nacional e soberania popular. Tais fatores podem até vir a integrar a ordem jurídica nacional, desde que adequados ao texto constitucional. Marçal JUSTEN FILHO ensina que: “Portanto, as exigências de uma nova ordem mundial ou de novos modelos regulatórios, se incompatíveis com a disciplina constitucional, somente poderão ser incorporados ao Direito brasileiro mediante uma alteração da Constituição brasileira” (*O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 500).

⁴¹⁸ “(...) consolidou-se ao longo do século vinte o fenômeno da *delegação legislativa* por parte do Poder Legislativo a órgãos administrativos do Poder Executivo. A delegação legislativa é, portanto, uma resposta à necessidade de especialização técnica da burocracia estatal para adoção de métodos administrativos necessários à regulação do sistema econômico. Ao mesmo tempo é uma forma de tornar o processo decisório sobre a formulação do conteúdo da regulação mais eficiente em termos administrativos, se comparado com a capacidade operacional do Poder Legislativo” (cf. Paulo Todescan Lessa MATTOS, *op. cit.*, p. 171). Não obstante no texto constitucional esteja previsto *delegação legislativa*, trata-se, em verdade de *delegação de competência normativa através da lei*, vez que os entes reguladores editam atos normativos e não legislativos (seria então delegação legislativa de competência normativa). Além disso, vale ressaltar que a competência normativa da atividade regulatória não se restringe ao setor econômico, que era o objeto de análise do autor, e deve ser precedida de parâmetros e limites.

⁴¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade*, p. 58.

O exercício da competência regulatória normativa, por meio de delegação legislativa, é até mesmo necessário diante da evolução e da complexidade da realidade sócio-econômica atual, evitando que a lei seja utilizada como mero instrumento para estabelecer critérios e regras técnicas, mas que em pouco tempo se tornariam ultrapassados⁴²⁰.

Assim, a competência regulatória é compatível com a ordem jurídica vigente, vez que se verifica como uma função administrativa voltada para disciplinar determinadas atividades, observando critérios técnicos e os limites constitucionais e legais.

A competência regulatória acaba por desenvolver as características próprias da atividade regulatória, de buscar o equilíbrio entre os agentes do setor regulado, de maneira consensual ou impositiva, sendo autônoma e independente, mas com transparência, participação e controle.

5.7.

A Proposta de Emenda à Constituição nº 81, de 31 de outubro de 2003

Tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional nº 81 de 31 de outubro de 2003 que, desde 26 de dezembro de 2006, está na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ, tendo sido encaminhado à Secretaria-Geral da Mesa, para atender ao disposto no artigo 332, do Regimento Interno do Senado.

Tal proposta de emenda constitucional prevê a inserção do artigo 174-A na Constituição da República, que tem a seguinte redação:

“Art. 174-A. A atividade regulatória, nela compreendida a regulamentação, habilitação e fiscalização, inclusive aplicação de sanções, destina-se a promover o funcionamento adequado dos mercados, inclusive quanto aos serviços públicos em regime de autorização, concessão ou permissão, atendendo aos interesses dos consumidores, do poder público e das empresas, será desempenhada por agências

⁴²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*, p. 117.

reguladoras, órgãos de estado sujeitos ao regime autárquico especial, com quadro próprio de pessoal, e observará os seguintes princípios:

- I – proteção do interesse público;
- II – defesa do consumidor e da concorrência;
- III – promoção da livre iniciativa;
- IV – prestação de contas;
- V – mínima intervenção na atividade empresarial;
- VI – universalização, continuidade e qualidade dos serviços;
- VII – imparcialidade, transparência e publicidade;
- VIII – independência funcional, decisória, administrativa e financeira;
- IX – decisão colegiada em agências reguladoras;
- X – decisão monocrática recorrível a colegiado em agências executivas;
- XI – investidura a termo dos dirigentes e estabilidade durante os mandatos;
- XII – notória capacidade técnica e reputação ilibada para funções de direção em agências reguladoras;
- XIII – estabilidade e previsibilidade das regras; e
- XIV – vinculação aos regulamentos, contratos e pactos;

Parágrafo único. Lei complementar regulamentará o disposto neste artigo, inclusive quanto ao controle externo das agências reguladoras.”

Esta proposta de emenda constitucional acaba por positivizar e constitucionalizar algumas das características, finalidades, limites, formas de controle e competência para o exercício da atividade regulatória.

Isto se deve pelo movimento de reforma que o Estado brasileiro passou na década de 90, o que alterou profundamente a atuação estatal sobre a ordem econômica e social.

A justificativa da proposta, de iniciativa do Senado Tasso Jereissati, ressalta que há a necessidade de se buscar equilíbrio da atividade regulatória do Estado brasileiro, para que reduza sua participação nos casos em que assim for possível, permanecendo a atuação estatal quando necessária, “(...) *num quadro de fina*

arquitetura jurídico-institucional dos ideais empresariais, estatais, estratégicos e dos consumidores”.

Destaca, ainda, que é preciso eliminar ou diminuir o risco regulatório decorrente das ingerências políticas sobre a atividade regulatória, que deve permanecer independente e pautada em critérios técnicos, para garantir investimentos presentes e futuros nas atividades reguladas.

O Senado propõe, desta maneira e como já dito anteriormente, constitucionalizar princípios que devem reger a atividade regulatória que, além de servir como limites, também irão legitimar a regulação.

A proposta de emenda decorreu da observação de problemas e reivindicações verificadas ao longo do período em que a atividade regulatória passou a ter importância nas relações sócio-econômicas do contexto nacional.

6. O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE REGULATÓRIA

O exercício da atividade regulatória decorre da diminuição da interferência direta do Estado na ordem social e econômica⁴²¹, que passa a orientar e ordenar as situações que exigem atuação estatal específica, sendo que este afastamento contribui para a estabilidade dos setores regulados, pois cria um ambiente favorável para que novos empreendimentos possam ser desenvolvidos.

Isto decorre da adoção do modelo de regulação independente em que as instabilidades políticas não refletem, necessariamente, sobre a orientação regulatória, vez que os critérios técnicos prevalecem na ordenação das atividades privadas garantido um cenário de maior segurança e certeza jurídica e diminuindo o risco de ingerências partidárias.

O exercício da atividade regulatória necessita de uma estrutura administrativa específica e adequada, voltada para garantir que as políticas públicas⁴²² desenvolvidas pelo Estado possam ser aplicadas e cumpridas.

O modelo atual é de eficiência, com o Estado dirigindo o processo por meio da atividade regulatória, sendo que a estrutura para isto não envolve apenas as

⁴²¹ Não significa que o exercício da atividade regulatória apenas incida sobre as atividades privadas, embora isto seja preponderante, pois os órgãos estatais também estão sujeitos à regulação, na medida em que assumem tarefas e compromissos estabelecidos pela política regulatória estatal.

⁴²² Ao Estado cabe a formulação de políticas públicas de acordo com as necessidades e expectativas da coletividade, que consistem em identificar prioridades e definir um plano de ação governamental para atender estas aspirações e solucionar problemas. É uma espécie de diagnóstico para pautar a atuação estatal, definindo quais instrumentos serão utilizados e de que maneira o Estado irá manejar estruturas e recursos públicos nesta empreitada. Segundo Marcos Juruena VILLELA SOUTO a “(...) *formulação de políticas públicas cabe àqueles que recebem diretamente da sociedade o poder de traduzir essa proposta de ação em um programa de ação estatal. Daí porque, por força do princípio democrático, esse tipo de atividade é inalienável, intransferível do setor público para o setor privado, sob pena de se violar a própria democracia. (...) A idéia é que a política pública deve ser formulada pelo núcleo estratégico do Estado, pelas autoridades políticas; uma vez formulada e conhecida de todos, fruto de um processo democrático, que verifica os desejos da coletividade e materializa nas leis, ela vai ser implementada*” (*Direito Administrativo em Debate*, p. 183 e 186). Através da outorga de atividade aos particulares, as políticas públicas podem ser implementadas sem a presença do Estado. Por outro lado, quando as circunstâncias exigirem a presença do Estado, as políticas públicas serão implementadas por meio das funções estatais, podendo ocorrer através do exercício da regulação, com a definição de uma política regulatória para esta finalidade.

entidades reguladoras, mas o próprio Estado na qualidade de agente regulador e não prestador direito para atender a todas as necessidades públicas.

A atividade regulatória é exercida de forma suplementar. Prevalece a livre iniciativa, cabendo à sociedade em geral exercer atividades permitidas na busca de seus objetivos, restando ao Estado a função de regular setores específicos e que necessitam de interferência para atingir resultados benéficos para a coletividade, zelando pelo interesse público e agindo quando ocorrer a turbacão da ordem.

O exercício da atividade regulatória pode ser amplo ou restrito. Será amplo quando a incidência regulatória ocorrer de maneira geral, sem considerar a atividade desenvolvida⁴²³. De maneira restrita, o exercício da atividade regulatória leva em consideracão características de determinado setor, incidindo sobre atividades específicas⁴²⁴.

De qualquer maneira, o exercício da atividade regulatória é um processo que decorre das anomalias econômicas e das distorçōes sociais, exigindo que Estado busque corrigir estas falhas, para que se possam verificar resultados adequados aos ditames constitucionais.

6.1. Instrumentos de regulacão

O instrumental para o exercício da atividade regulatória deve ser adequado para o desenvolvimento da regulacão como uma nova forma de atuacão do Estado sobre os setores que necessitam de interferência estatal.

O instrumento de regulacão mais comum é a norma jurídica, a qual exige dos agentes regulados determinadas condutas omissivas ou comissivas de cumprimento obrigatório que, uma vez não observadas, ensejam a aplicacão da sancão prevista pelo poder estatal.

⁴²³ É o caso da defesa da concorrência e da proteção das relaçōes de consumo, em que a regulacão estatal não considera uma atividade em particular, mas a coletividade dos agentes envolvidos.

⁴²⁴ Setores que demandam atencão específica, como energia elétrica, aviacão civil, águas, telecomunicacões, transportes terrestres e aquaviários, etc.

Embora o exercício da atividade regulatória seja predominantemente normativo, também pode se valer de instrumentos promocionais, como forma de incentivar condutas, e ainda de instrumentos de consenso ao invés de meios coercitivos⁴²⁵. Quando isto ocorre, o Estado, no exercício da atividade regulatória, não impõe comandos e determinações, mas orienta e sugere condutas que muitas vezes acabam sendo espontaneamente adotadas⁴²⁶.

Os instrumentos regulatórios podem ser de ordem finalística, prudencial ou condicional⁴²⁷. Os instrumentos finalísticos são aqueles em que existe um valor eleito e se adotam meios e formas para a prevalência do interesse escolhido⁴²⁸. Os instrumentos de regulação prudencial visam a promoção de um valor escolhido a partir da avaliação de uma situação concreta de conflito de interesses⁴²⁹. Já os instrumentos condicionais impõem regras de conduta, vedando práticas contrárias às regras estabelecidas⁴³⁰.

Tais instrumentos são utilizados no exercício da atividade regulatória para suprir as deficiências sócio-econômicas, visando, ainda, a realização de valores, econômicos ou não, e que são definidos de acordo com a opção regulatória adotada.

6.2. Regulação econômica

A chamada interpretação ou consideração econômica do Direito não tem origem na recente discussão em torno do novo modelo de Estado Regulador, mas

⁴²⁵ Até mesmo porque estes fatores são características da atividade regulatória (ver item 5.2. do Capítulo 5).

⁴²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 454. O autor ainda ressalta que a adoção destes novos instrumentos, que embora não se enquadrem no sistema normativo tradicional, e que por isso seriam classificadas como meios *não jurídicos*, é uma tendência moderna capaz de influenciar comportamentos, denominada pela doutrina como o *soft-law*, ou o *direito suave*, em que o cabedal normativo é atenuado.

⁴²⁷ Segundo a classificação de Marçal JUSTEN FILHO (*O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 45/46).

⁴²⁸ Instrumentos de controle e fiscalização em geral.

⁴²⁹ Instrumentos decorrentes de competência decisória.

⁴³⁰ Instrumentos de repressão.

decorre, sobretudo, do próprio conteúdo econômico de algumas normas jurídicas⁴³¹.

Com isso, ao longo dos últimos séculos, o Estado percebeu que sua atuação, positiva ou negativa, na economia se tornou fundamental. O Estado, inclusive o brasileiro, adotou diversas posturas diferentes, que variaram da total neutralidade ao intervencionismo exacerbado sobre a ordem econômica⁴³².

Atualmente o Estado busca uma posição de equilíbrio em sua atuação sobre o domínio econômico, de modo a não tolher a iniciativa privada, mas também de modo a garantir o funcionamento adequado do mercado, com proteção da concorrência e das relações de consumo⁴³³. O Estado passa a atuar muito mais como dirigente e orientador do que executor de atividades econômicas⁴³⁴.

Após um período em que a política econômica brasileira se preocupou em estabilizar a moeda e conter a inflação de maneira intervencionista, promovendo, ainda, alguns melhoramentos em infra-estrutura, houve uma transição para o modelo de regulação estatal, porque a ordem econômica isoladamente não tem condições de assegurar o funcionamento adequado do mercado⁴³⁵.

⁴³¹ O Direito Tributário, por exemplo, devido ao seu objeto, adota com frequência a interpretação econômica, conforme ensina Liz Coli Cabral NOGUEIRA: “Consequentemente, aboliram-se os critérios apriorísticos e de interpretação restrita, sendo admissíveis em direito tributário todos os métodos de interpretação. (...) Dentre eles, ressalta pela sua importância e conseqüências, a chamada interpretação segundo a realidade econômica, que nada mais é do que um método de interpretação jurídica de caráter teleológico, como finalístico é o próprio conjunto de normas que compõe o Direito Tributário” (*A consideração econômica do direito tributário*, p. 381).

⁴³² “A Ordem Econômica brasileira refletiu tal perfil intervencionista-produtivo estatal até as Reformas da década de 1990, que pretenderam inverter essa configuração ao prestigiar a abstenção interventiva, unida à regulação normativa do domínio econômico privado (idealmente tida como exógena e mínima). Além disso, deu-se a fragmentação das competências regulatórias no plano federal, que não encontrou equivalente em todos os Estados e Municípios. O governo federal passou a ser considerado como um retirante do cenário econômico – invertendo-se a lógica do sistema anterior” (cf. Egon Bockmann MOREIRA, *Anotações sobre a História do Direito Econômico Brasileiro (Parte I: 1930-1956)*, p. 68).

⁴³³ FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Os Novos Campos da Regulação*, p. 192.

⁴³⁴ “A ampliação da presença do Estado no sistema econômico e o seu caráter de pervasividade [*sic*], com a multiplicação de normas legais de toda a espécie para pôr em prática a política econômica, deram origem a uma mudança radical na própria forma de encarar o Direito e a aplicação de suas normas” (cf. Fábio NUSDEO, *Curso de Economia*, p. 204).

⁴³⁵ “Assim é que o *novo desempenho do Estado na economia*, sob a égide deste binômio – *competição e eficiência* – evolui do papel *conformativo do mercado*, próprio das regulamentações diretas e indiretas, e do papel *substitutivo do mercado*, próprio das intervenções concorrenciais e monopolísticas, para tornar-se (1) *regulador do mercado*, (2) *alocador de recursos*, (3) *parceiro econômico* e (4) *fomentador econômico*” (cf. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *O Novo Papel do Estado na Economia*, p. 107).

Embora o Estado se afaste, até certo ponto, os fenômenos econômicos continuam sendo de interesse estatal, isto porque o exercício das atividades econômicas envolve fatores individuais e coletivos que ainda precisam ser disciplinados pelo poder público⁴³⁶.

Ocorre, então, que o Estado passa a exercer o controle de atividades econômicas para adequá-las aos valores constitucionais⁴³⁷, sendo que a intensidade desta interferência estatal é limitada pela própria Constituição. Desta forma, deve prevalecer a livre iniciativa como princípio, tendo a incidência regulatória espaço nas atividades econômicas somente quando houver justificativa para esta ação estatal⁴³⁸.

Isto porque a regulação econômica não é uma manifestação absoluta e que não tem limites. A incidência regulatória sobre a dinâmica das atividades econômicas ocorre de maneira subsidiária, limitando algumas liberdades com a finalidade de promover valores constitucionais. Nas situações em que se verificar que a formação dos processos econômicos esteja a produzir os efeitos benéficos desejados de maneira espontânea, não se exige a incidência regulatória⁴³⁹.

A regulação econômica tem a finalidade de assegurar que a economia e o mercado funcionem de maneira equilibrada, atividade esta que é uma das atribuições do Estado enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica⁴⁴⁰. Mas a regulação econômica não se restringe a isto, pois toda vez que seja necessário que o Estado conduza ou coordene o processo econômico, haverá incidência regulatória.

Por isso é que a regulação econômica “(...) *compreende toda atividade estatal sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta da*

⁴³⁶ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo da Economia*, p. 4/5.

⁴³⁷ BRITO, Mariano R.; DELPIAZZO, Carlos E. *Derecho Administrativo de la Regulación Económica*, p. 70.

⁴³⁸ É o que Egon Bockmann MOREIRA denomina de “(...) *intervenção sensata nas economias capitalistas*” (*O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata*, p. 81/82).

⁴³⁹ “Do contrário, o âmbito onde se encontram oferta e demanda receberia indicações falsas ou artificiais, alternando-se o sistema natural de formação dos preços e das condições das transações que incidem sobre eles. Sabe-se, pela experiência dos sistemas interventores, que o custo dos mecanismos estatais que incidem artificialmente sobre o mercado termina sendo pago pela própria comunidade, sobre cujos membros recaem os efeitos nocivos de uma econômica ineficiente” (cf. Juan Carlos CASSAGNE, *Estudios de Derecho Público*, p. 98).

⁴⁴⁰ Artigo 174 da Constituição da República.

exploração de atividade econômica (em sentido amplo)”⁴⁴¹. Ou seja, quando ocorre a participação direta do Estado na economia, não se trata de regulação, mas de exercício de atividade econômica⁴⁴².

Mas, ainda que a regulação econômica seja indireta, pois não há limitação completa da livre iniciativa nem a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, ainda assim significará alguma forma de restrição. Isto porque o Estado interfere sobre a ordem econômica para disciplinar o exercício das atividades privadas, estabelecendo regras e limites. De outro lado, incentiva e fomenta, estimulando o desenvolvimento de determinadas atividades econômicas.

Num cenário em que inúmeras forças atuam para alcançar objetivos diferentes, e que muitas vezes são incongruentes, o Estado deve garantir, através do seu poder, que a ordem econômica possa gerar benefícios coletivos⁴⁴³. E a regulação econômica irá ocorrer quando, de maneira natural, a ordem econômica não estiver apta a concretizar de forma adequada e satisfatória os princípios pelos quais deve se orientar, não produzindo de maneira eficiente os resultados desejados.

Esta ineficiência econômica reproduz resultados negativos que geram falhas no mercado, deficiência na concorrência, desequilíbrio nas relações de consumo e abuso de poder econômico, efeitos estes que devem ser corrigidos pelo Estado.

6.2.1. Regulação dos mercados

⁴⁴¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal*, p. 71.

⁴⁴² “O direito da regulação econômica se realiza, em grande parte, sobre as cinzas da organização econômica construída em torno de monopólios estatais prestadores de serviços públicos e dentro da perspectiva da globalização” (cf. Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Definição do Direito da Regulação Econômica*, p. 207).

⁴⁴³ George J. STIGLER pondera que a regulação econômica tem como objetivo primordial a proteção e benefício do público em geral ou de grande parcela da coletividade. Assim, quando uma medida de regulação econômica acarrete prejuízos para o público, entende que se trata de um custo necessário para atingir uma finalidade maior ou, de maneira eventual, que isto representaria “*perversões da filosofia regulatória*”. Por isso que o autor aponta como o grande dilema da regulação econômica a dificuldade de utilizá-la de maneira adequada para não causar maiores distorções do que àquelas que se pretende corrigir com a incidência regulatória (*A Teoria da Regulação Econômica*, p. 24/25).

Durante muito tempo as atividades econômicas e suas conseqüências foram estabelecidas livremente pelo mercado. Os agentes econômicos exerciam com liberdade plena e absoluta suas atividades para desenvolver seus empreendimentos, de forma que o Estado se abstinha de exercer qualquer regramento sobre o domínio econômico.

Havia uma espécie de autodeterminação por parte dos participantes do processo econômico, sendo que a livre concorrência era aspecto mais contundente desde período que vigorou até aproximadamente a metade do século XIX⁴⁴⁴, com a atuação estatal sendo exigida somente para garantir as próprias regras naturais do mercado⁴⁴⁵.

Até então, pouco se falava em intervenção do Estado no domínio econômico, muito menos em regulação econômica. Assim, apenas os agentes mais aptos a enfrentar a concorrência tinham condições de sobreviver num ambiente de competição sem restrições.

Ocorre que este cenário exigia que as relações econômicas fossem equilibradas num ideal de igualdade de competição e concorrência. Entretanto, esta *perfeição* do mercado não foi verificada, pois não era possível evitar a dominação através do abuso do poder econômico e de atos de concentração, que são falhas estruturais da economia de mercado.

Esta circunstância gerou um alerta devido à ineficiência da economia de mercado baseada na ampla liberdade sem a disciplina necessária, o que gerou

⁴⁴⁴ No final do século XIX surge o movimento progressista dos Estados Unidos da América, com o objetivo de rever o regime de mercado, para o fim de avaliar suas distorções e encontrar soluções adequadas para as falhas decorrentes do processo econômico liberal, sendo que uma de suas intenções era atribuir ao Estado a função de conduzir e direcionar a ordem econômica, sem, contudo, interferir na sua evolução histórica (cf. Edson NUNES, *Agências Regulatórias: Gênese, Contexto, Perspectivas e Controle*, p. 182).

⁴⁴⁵ A situação natural em questão seria o que se denomina de *concorrência perfeita* que, segundo Paulo Henrique Rocha SCOTT, agregaria os seguintes elementos: “a) grande número de compradores e de vendedores em interação recíproca; b) nenhum deles suficientemente importante a ponto de exercer qualquer influência nas condições de compra ou de venda de determinados produtos; c) homogeneidade do produto objeto das operações; d) plena mobilidade dos agentes operadores e de seus fatores, quanto ao acesso e retirada do mercado; e) pleno acesso dos operadores a todas as informações relevantes; f) ausência de economia de escala; g) ausência de economias externas” (*Direito Constitucional Econômico: Estado e normalização da economia*, p. 42).

custos elevados para a sociedade⁴⁴⁶. Estes fatores se revelaram de maneira mais evidente após a Revolução Industrial, já que o processo econômico decorrente das atividades industrializadas produziu efeitos nocivos sobre a ordem econômica e, de conseqüência, sobre a ordem social⁴⁴⁷.

Pelo liberalismo, entendia-se que o mercado não necessitava de regulação estatal, pois o pressuposto era de que as atividades econômicas se adequariam espontaneamente pela concorrência⁴⁴⁸.

Mas o mercado já se revelou como fator insuficiente para produzir espontaneamente as metas e finalidades que devem ser alcançados pela ordem econômica. Ainda que o mercado seja o propulsor do progresso em inúmeros sentidos, apenas por suas forças não são alcançados todos os objetivos de desenvolvimento em outras áreas necessárias.

Por força disso, o Estado passou a exercer, em caráter intervencionista, seu poder sobre o domínio econômico. Após, e de maneira gradual, o Estado deixou de intervir diretamente sobre as atividades econômicas, para, então, assumir o papel de regulador da ordem econômica^{449 e 450}.

Entretanto, convém assinalar que, mesmo nos Estados liberais, o mercado é condicionado ao ordenamento jurídico, que determina de que forma as relações

⁴⁴⁶ “Por isso, se queremos salvar a dinâmica da sociedade livre há que se colocar mais ordem, mais razão e mais justiça no funcionamento do mercado” (cf. Mariano R. BRITO e Carlos E. DELPIAZZO, op. cit., p. 69).

⁴⁴⁷ “A Revolução Industrial trouxe consigo grandes monopólios, companhias concentradas e integradas verticalmente, além de intensa urbanização, favelização [*sic*] e relações trabalhistas conturbadas. Neste contexto, grupos fragilizados tais como atacadistas, pequenos comerciantes, pequenas manufaturas, sindicatos, intelectuais progressistas, entre, outros, sentiam-se ameaçados pelo poder dos monopólios” (cf. Edson NUNES, op. cit., p. 182).

⁴⁴⁸ MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *Economia de Mercado e Regulação*, p. 13.

⁴⁴⁹ Esta *desintervenção* do Estado, porém, não significou o retorno do liberalismo clássico com a adoção das leis do mercado, mas apenas a adoção da atividade regulatória para ordenar o processo econômico.

⁴⁵⁰ Sérgio Varela BRUNA, citando William H. CLUNE (*The Political Origins and Political Process of Regulation: What We Can Learn from a Positive Political Analysis*), indica que houve dois momentos históricos distintos da regulação dos mercados: “O primeiro, voltado a *facilitar* as relações econômicas, compreenderia normas relativas a campos como o Direito das Obrigações, os direitos de propriedade, o Direito antitruste, a defesa nacional, entre outros, regras essas necessárias à racionalização de instituições e práticas sociais ‘economicamente racionais’. Uma segunda fase da regulação da atividade econômica seria marcada pelo propósito de *controlar* o mercado, uma vez que os riscos inerentes ao capitalismo acabam gerando um desejo de proteção contra os males advindos do processo econômico. Nesse campo enquadrar-se-iam o controle de preços, a política monetária, os incentivos fiscais e a leis de proteção ao trabalhador, aos consumidores, ao meio ambiente, além de outros” (*Agências Reguladoras*, p. 28).

econômicas são disciplinadas, sendo que alguma restrição ocorre. Assim, de uma maneira ou de outra, verifica-se que, salvo onde não há poder constituído e ordem institucionalizada, “(...) *todos os mercados são regulados, variando somente a intensidade dessa regulação*”^{451 e 452}.

Portanto, haverá maior ou menor incidência regulatória sobre o mercado considerando as circunstâncias de dadas modalidades de atividades econômicas ou de serviços públicos⁴⁵³, cujas características específicas, irão determinar a intensidade da regulação⁴⁵⁴, e também pelos fatores políticos, históricos e institucionais de cada Estado⁴⁵⁵.

Por isso é que Marie-Anne FRISON-ROCHE assim esclarece:

“A economia de mercado nunca significou a ausência de direito, mesmo na concepção mais minimalista do enquadramento jurídico da economia. Primeiramente, um mercado é um sistema de trocas que se relaciona com os princípios liberais de livre acesso para os que realizam a oferta, de competição possível entre eles, e de liberdade dos que procuram adquirir, todo esse conjunto, tendo como pressuposto a liberdade contratual e a propriedade privada.”⁴⁵⁶

Complementando, Eros Roberto GRAU, citando Natalino IRTI, assevera que “(...) *o mercado não é uma instituição espontânea, natural – não é um locus naturalis – mas uma instituição que nasce graças a determinadas reformas institucionais, operando com fundamento em normas jurídicas que o regulam, o limitam, o conformam; é um locus artificialis*”⁴⁵⁷.

⁴⁵¹ BRUNA, Sérgio Varella, op. cit., p. 27.

⁴⁵² “Pode-se entender, nestes termos, que a própria Constituição Federal reconheça, para certos mercados, regulações ostensivas, tendo em vista o interesse público relevante, aliado às dificuldades de pleno funcionamento do princípio do livre mercado. É o caso, por exemplo, do mercado relativo a combustíveis (CF art. 177), transporte (art. 178), serviços públicos sob regime de concessão ou permissão” (cf. Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR, *Abuso de Poder Econômico por Prática de Licitude Duvidosa Amparada Judicialmente*, p. 218).

⁴⁵³ Quando prestados em regime de competição.

⁴⁵⁴ É o caso de atividades econômicas que sofrem maior ou menor fiscalização e controle de acordo com suas particularidades, como o mercado de bebidas alcoólicas e de tabaco, que exigem monitoramento por se tratar de atividades que envolvem a produção de produtos nocivos à saúde, e que por isso restrições e proibições são tidas como legítimas.

⁴⁵⁵ A maior ou menor incidência regulatória, muitas vezes representa a opção por determinada política econômica adotada por um governo.

⁴⁵⁶ Op. cit., p. 209.

⁴⁵⁷ *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 30.

O que ocorre, portanto, é que o mercado não tem a capacidade de, isoladamente e espontaneamente, promover o desenvolvimento econômico de maneira adequada e sem distorções. Por isso é que a economia de mercado sofre a incidência do ordenamento jurídico, para se adequar aos ditames e regras que lhe são exigidos⁴⁵⁸.

Conforme ensina Pedro DUTRA:

“A regulação dos mercados econômicos é uma forma efetiva de intervenção estatal na economia e assim incontestavelmente limita, em defesa do interesse público, a livre iniciativa, ao contrário do que defendem os neoliberais, que a querem menos preceituada possível.”⁴⁵⁹ (com grifo no original)

Ao Estado cabe, desta forma, a função de regular o mercado, para corrigir suas falhas, através de instrumentos jurídicos de controle, fiscalização e restrição das atividades econômicas⁴⁶⁰. A regulação dos mercados serve para manter o equilíbrio que não se verifica enquanto o contexto é de ampla e irrestrita liberdade de competição.

Neste aspecto, da regulação enquanto instituto jurídico, sua finalidade é de garantir o funcionamento do mercado de maneira racional⁴⁶¹, para que o desenvolvimento econômico seja um meio de inclusão e não de exclusão sócio-econômica.

Assim, a regulação não visa suprimir os mercados. Visa promover a competição como forma de aumentar a eficiência do mercado em produzir seus resultados financeiros, bem como promover o avanço e desenvolvimento das relações sociais pelo progresso econômico. A regulação dos mercados objetiva garantir o adequado funcionamento do mercado, bem como promover os valores que o mercado não tem condições de garantir.

⁴⁵⁸ É exatamente o que ocorre no ordenamento constitucional brasileiro, em que a ordem econômica está pautada em princípios que devem ser necessariamente observados.

⁴⁵⁹ *Agências Reguladoras: Reforma ou Extinção?*, p. 193.

⁴⁶⁰ Em outro sentido, Calixto SALOMÃO FILHO afirma que a regulação “(...) não visa a eliminar falhas do mercado, mas sim a estabelecer uma pluralidade de escolhas e um amplo acesso ao conhecimento econômico, que jamais existirá em um mercado livre” (*Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, p. 42).

⁴⁶¹ FERREIRA MOTTA, Paulo Roberto. *A Regulação como Instituto Jurídico (Segunda Parte)*, p. 79.

6.2.2. Monopólios, externalidades e assimetria da informação

O monopólio representa uma circunstância em que apenas um agente exerce, de modo individual, determinada atividade ou empreendimento. A formação de monopólios configura uma falha de mercado pela ausência de concorrência que deve, portanto, ser corrigida⁴⁶².

O monopólio decorre da supressão dos demais agentes econômicos que exploravam a mesma atividade do monopolista. Ocorre quando um agente do processo produtivo possui tamanha força e poder econômico, que acaba eliminando seus concorrentes do mercado.

Quem possui o monopólio de determinada atividade econômica, detém o poder de estabelecer as condições de produção e demanda do mercado monopolizado, como os preços, originando, em inúmeros casos, situações de abuso pelo controle da oferta e procura de produtos ou serviços. Por isso é que a atividade regulatória incide sobre as atividades econômicas para evitar a formação de monopólios.

Assim, a regulação econômica dos mercados tem, dentre outras, a finalidade clara de prevenir o surgimento de monopólios, bem como de controlar os comportamentos tendentes a formação de monopólios, estabelecendo sanções para tais condutas⁴⁶³, que são consideradas como infração à ordem econômica.

Quando se tratar de monopólio natural⁴⁶⁴, aquele que decorre de circunstâncias em que apenas um agente econômico está apto a desenvolver determinada atividade⁴⁶⁵, razão pela qual não existe a possibilidade de se verificar

⁴⁶² São vedados os monopólios que visem exercer posição dominante e eliminar a concorrência, pois representam abuso do poder econômico (monopólios privados). Por outro lado, existem monopólios estatais, que são destinados à proteção do interesse público, considerando a natureza de determinadas atividades que são, portanto, exploradas exclusivamente pelo Estado e relacionadas no artigo 177 da Constituição da República.

⁴⁶³ SUNSTEIN, Cass R. *As Funções das Normas Reguladoras*, p. 34.

⁴⁶⁴ “Monopólio natural é uma situação econômica em que a duplicação de operadores é incapaz de gerar a redução do custo da utilidade” (cf. Marçal JUSTEN FILHO, *Serviço Público no Direito Brasileiro*, p. 161).

⁴⁶⁵ O monopólio natural também pode ocorrer por: causas ambientais ou geográficas, que impossibilitam a exploração da atividade por mais de um agente; causas tecnológicas, quando

concorrência entre inúmeros atores do processo produtivo, sendo que esta circunstância acaba sendo aceita⁴⁶⁶.

Neste caso a regulação atua para o efeito de atenuar os efeitos do monopólio natural, mas não para coibi-lo, e sim para controlar os preços e a qualidade dos produtos e serviços decorrentes desta circunstância⁴⁶⁷. A regulação num cenário de monopólio natural visa obter os mesmo resultados que seriam verificados num regime de competição, criando, assim, uma forma de “*mercado de competição virtual*”⁴⁶⁸.

Outra falha decorrente da economia de mercado é o que se denomina de *externalidades*. As externalidades compreendem a transferência dos custos decorrentes do exercício das atividades econômicas para terceiros, mas que não fazem parte do processo produtivo⁴⁶⁹.

Quando isto ocorre, justifica-se a incidência regulatória, pois o mercado se revelou insuficiente para atingir seus objetivos. Marçal JUSTEN FILHO cita, como exemplo, o caso de uma indústria que repasse às comunidades os custos decorrentes da poluição causada por suas atividades⁴⁷⁰.

A *assimetria da informação* é outra falha do mercado, fenômeno este que ocorre devido às inúmeras e diversas informações que envolvem as atividades reguladas, em que alguns agentes econômicos possuem maior conhecimento que outros. Desta forma, as decisões acabam por sofrer influência em decorrência da assimetria da informação na cadeia de produção, já que muitas vezes o domínio de dados fica restrito⁴⁷¹.

apenas um agente possui conhecimento suficiente para exercer determinada atividade, ou; circunstâncias do próprio mercado, quando apenas um agente possui condição econômica de explorar a atividade (sem abuso), ou quando não há interesse de outros agentes em exercer a atividade monopolizada.

⁴⁶⁶ MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *Economia de Mercado e Regulação*, p. 14.

⁴⁶⁷ CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*, p. 53.

⁴⁶⁸ Cf. Jaime Melo BAPTISTA, Dulce Álvaro PÁSSARO e Rui Ferreira dos SANTOS (*O Modelo de Regulação das Águas e Resíduos em Portugal*, p. 105).

⁴⁶⁹ “Tais custos são chamados de externos porque não estão ‘internalizados’ no processo produtivo” (cf. Cass R. SUNSTEIN, op. cit., p. 41).

⁴⁷⁰ *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 34/35.

⁴⁷¹ “Neste sentido, a regulação tem como função corrigir as falhas existentes no mercado para a obtenção de informações, corrigir os problemas que surgem em razão da informação inadequada sobre os preços e, finalmente, corrigir qualquer problema de informação assimétrica em relação à

Segundo Marçal JUSTEN FILHO, a “(...) *assimetria de informação significa, então, que os diversos agentes que participam do processo econômico detêm diferentes graus de informação, o que significa que alguns dispõem de melhor condição de escolha do que outros*”⁴⁷².

No processo econômico, isto significa uma disparidade que atinge a capacidade de escolha principalmente dos consumidores, que ficam sujeitos a práticas abusivas dos fornecedores. Desta forma, a informação adequada concorre para a proteção e defesa do consumidor, que deve possuir dados necessários sobre produtos e serviços disponíveis no mercado de consumo⁴⁷³.

Além disso, a assimetria da informação atinge o próprio Estado que, por vezes, não tem acesso às informações que são tratadas pelos agentes como dados sigilosos da suas atividades. Cabe ao Estado interferir no sentido de que informações essenciais sejam fornecidas, como forma de equilibrar as relações.

A incidência regulatória sobre os casos de assimetria da informação, deve ser para o efeito de exigir que a informação seja prestada de maneira adequada, ao invés de simplesmente e diretamente impor uma medida sancionatória. Caso a informação requerida não seja revelada, ao Estado caberá a aplicação da sanção cabível⁴⁷⁴.

6.2.3.

Sistema de proteção da concorrência e das relações de consumo

Inserido no aparato regulatório do Estado, está o sistema de proteção da concorrência e das relações de consumo. A economia de mercado se revela insuficiente para garantir o exercício de atividades em regime de concorrência, que por vezes acaba por ser suprimida. Por outro lado, as relações de consumo

qualidade dos produtos” (cf. Carolina Theodoro da Silva MOTA, *Regulação e desregulação: uma discussão sobre o equilíbrio entre mercado e coletividade*, p. 190).

⁴⁷² *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 36.

⁴⁷³ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*, p. 106.

⁴⁷⁴ A assimetria da informação pode significar também a ausência de informação.

estão em constante desequilíbrio pela condição de vulnerabilidade dos consumidores.

6.2.3.1. Concorrência

A concorrência significa a disputa ou competição⁴⁷⁵ em condições de igualdade entre agentes econômicos do mesmo setor de produção de bens ou de prestação de serviços. No modelo liberal, o pressuposto era de que a concorrência fosse ideal, o que não ocorria e não ocorre atualmente, justamente porque são verificados abusos que causavam distorções na homogeneidade da concorrência.

Por isso é que se adota o “*modelo teórico de concorrência imperfeita*”⁴⁷⁶, partindo-se da premissa de que existem posições dominantes e concentração de mercados, exigindo que o Estado exerça sua competência regulatória para manter a livre concorrência⁴⁷⁷.

A atuação estatal neste sentido serve justamente para que a livre concorrência não seja limitada pelo abuso de poder econômico, posição dominante e atos de concentração⁴⁷⁸. Destes fatores, decorrem algumas falhas de mercado que podem ser identificadas e definidas de acordo com a sua interferência sobre a concorrência.

⁴⁷⁵ Os termos concorrência e competição são sinônimos, tendo-se preferência pela adoção do primeiro (cf. Leila CUÉLLAR, *Abuso de Posição Dominante no Direito de Concorrência Brasileiro*, p. 34).

⁴⁷⁶ CUÉLLAR, Leila, op. cit., p. 35. No mesmo sentido afirma Werter R. FARIA (*Constituição Econômica: Liberdade de Iniciativa e de Concorrência*, p. 110).

⁴⁷⁷ “O princípio da livre concorrência permite aos particulares exercer suas atividades industriais e comerciais num sistema de competição que não deve ser entravado nem por prescrições nem por prestações providas dos poderes públicos” (cf. André de LAUBADERE, *Droit public économique*, apud FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*, p. 193).

⁴⁷⁸ “No Brasil, o sistema do direito concorrencial ocupa-se tanto com a liberdade quanto com a lealdade, isto é, tanto com a restrição ao número de competidores, quanto com os comportamentos considerados desleais. (...) Na vigência da Constituição de 1988, o legislador de 1994 [referência à Lei nº 8.884/1994] preocupa-se com qualquer ato de falseamento da livre concorrência e da livre iniciativa, no sentido de regras garantidoras da concorrência tanto livre quanto leal” (cf. Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 218).

O cartel é uma das formas de concentração econômica. Ocorre quando diversos agentes econômicos fixam acordos para estabelecer condições comuns de produção e venda de determinados bens ou prestação de serviços, de regra por prazo determinado, que pode dizer respeito ao preço, formas de pagamento, divisão de mercado, apresentação e qualidade dos produtos. Na formação de cartel os agentes não perdem sua identidade, mas apenas tomam uma decisão conjunta.

Geralmente os cartéis são formados em épocas de grande demanda, pois a expectativa de expansão é, para os produtores, o momento de obter vantagens econômicas da situação favorável do mercado em detrimento dos consumidores e da concorrência leal, sendo uma forma de abuso do poder econômico.

Já o *dumping*, que pelo Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade – GATT*) é definido como sendo “a introdução de mercadoria de um país no mercado de outro país a preço inferior ao preço comparável estabelecido no curso das operações comerciais normais para a mercadoria similar destinada ao consumo no país exportador”, caracterizando-se basicamente pela discriminação entre o preço interno e o preço externo de determinado produto.

E o truste, que deriva do termo inglês *trust*, significa a associação ou reunião de agentes econômicos sob uma única direção, para desenvolver monopólio de mercado, eliminando a concorrência, com a imposição de práticas e preços abusivos.

Pela atuação estatal, com a repressão ao abuso do poder econômico, o truste é uma das formas ilícitas de concentração de agentes econômicos e caracteriza-se pelo domínio dos mercados, supressão da concorrência ou aumento arbitrário de lucros.

A Constituição da República de 1988 estabelece a disciplina da concorrência, que está alçada a nível constitucional. O exercício da atividade econômica está baseado na livre concorrência, entendida como a possibilidade de

participação no domínio econômico através de competição justa, impondo ao Estado, enquanto agente regulador, a tarefa de garantir a paridade de condições⁴⁷⁹.

Desta forma, a disciplina constitucional da concorrência determina a repressão ao abuso do poder econômico tendente a eliminar a competição⁴⁸⁰ através de práticas visando à dominação de mercados^{481 e 482}.

Regulação e concorrência não são incompatíveis⁴⁸³, desde que o Estado não limite sem fundamento ou elimine a competição entre os agentes e desde que não comprometa a liberdade de atuação econômica e de decisões lícitas sobre os rumos do empreendimento.

O que se verifica, portanto, é que regulação e defesa da concorrência são realidades muito próximas. A regulação é um processo para *introduzir* ou para *substituir* de maneira temporária ou permanente a concorrência, para que os resultados da competição possam atingir níveis aceitáveis. Já a defesa da concorrência tem como objetivo *preservar* a concorrência, através de soluções pontuais para restabelecer a competição⁴⁸⁴.

Portanto, a atividade regulatória do Estado incidente sobre a concorrência se destina a corrigir anomalias do mercado quando a competitividade apresentar imperfeições, minimizando estas “*falhas no comportamento do mercado*”⁴⁸⁵.

⁴⁷⁹ Aliás, o texto constitucional autoriza, em seu artigo 146-A, que a tributação pode ser utilizada para prevenir desequilíbrios da concorrência, o que está de acordo com o princípio do inciso IV, do artigo 170 da Constituição da República.

⁴⁸⁰ Ver item 6.2.3.4. deste Capítulo.

⁴⁸¹ Artigo 173, § 4º da Constituição da República.

⁴⁸² A caracterização do abuso de poder econômico não exige a produção de resultados concretos, pois a Constituição da República reprime qualquer ação *tendente* a eliminar a concorrência (cf. Werter R. FARIA, op. cit., p. 150).

⁴⁸³ Por oportuno, convém destacar a distinção entre direito da concorrência e regulação feita por Marie-Anne FRISON-ROCHE: “Desta forma, no exato sentido do termo, o direito da concorrência – pelo menos na medida em que ele sanciona os comportamentos anti-concorrenciais ou proíbe os incentivos estatais – não adota uma perspectiva de regulação, visto que se trata apenas de reconduzir, de forma casuística, os comportamentos irregulares para a lei da oferta e da procura. Por outro lado, encontram-se mecanismos jurídicos no interior mesmo do direito da concorrência que decorrem de procedimentos de regulação, pois se trata de construir e de manter organizações econômicas não espontâneas e não perenes pela sua própria força” (*Definição do Direito da Regulação Econômica*, p. 209/210).

⁴⁸⁴ Em Portugal se fala em *regulação sectorial* e *regulação da concorrência*, com objetivos semelhantes aos da regulação e defesa da concorrência (cf. Maria Manuel Leitão MARQUES, João Paulo Simões ALMEIDA e André Matos FORTE, op. cit., p. 194).

⁴⁸⁵ MENEZELLO, Maria D’Assunção Costa. *Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro*, p. 146.

Através da regulação o Estado adota medidas para ampliar, em termos concretos, a concorrência entre os agentes econômicos, para que sua atuação também esteja voltada para efetivar valores sociais previstos na Constituição, estimulando a competição em benefício da toda a coletividade⁴⁸⁶.

Desta forma, a concorrência regulada deve ser em benefício da sociedade e ser adotada como forma de atender políticas públicas e evitar monopólios, pois a atuação de vários agentes econômicos em determinados setores estimula a competição com resultados positivos para o mercado, para os consumidores⁴⁸⁷ e para os usuários de serviços públicos⁴⁸⁸.

A regulação da concorrência serve para que atividades complementares de uma mesma cadeia produtiva sejam desmembradas (desverticalização), para estimular a competição nos diversos níveis da ordem de produção de bens e prestação de serviços, além de criar medidas que evitem a concentração de mercados⁴⁸⁹.

Concorrência e regulação, embora possam parecer conceitos antagônicos⁴⁹⁰, repita-se, são fenômenos que se complementam. A concorrência é inerente ao mercado, é um mecanismo que surge da competição entre agentes econômicos.

Mas para que esta competição possa produzir benefícios comuns, há a necessidade de que o mercado esteja em regular funcionamento. E a função da regulação é justamente permitir que o mercado não apresente aspectos extremos de dominação ou concentração.

⁴⁸⁶ “A lógica da concorrência tem levado a que os abaixamentos de preços sejam muito menores onde a concorrência é menor. (...) Permanecendo ainda algumas limitações a uma concorrência plena (com regulação), as indicações de que se dispõe são no sentido de ser positiva a experiência conhecida, sendo mais favoráveis os resultados nos sectores com maior concorrência e uma regulação mais independente” (cf. Manuel PORTO, *Abertura ao Mercado e Regulação: uma Primeira Avaliação da Experiência Portuguesa nos Sectores da Energia, das Comunicações e dos Transportes*, p. 187/188).

⁴⁸⁷ Ver item 6.2.3.2. deste Capítulo.

⁴⁸⁸ Sobre os serviços públicos prestados em regime de concessão, ver as considerações do item 6.2.4. deste Capítulo.

⁴⁸⁹ SUNDFELD, Carlos Ari, *apud* MENEZELLO, Maria D’Assunção Costa, op. cit., p. 148.

⁴⁹⁰ “Acredito que o antagonismo que hoje se sente entre concorrência e regulação esteja destinado a desaparecer” (Mario MONTI, em discurso proferido na Conferência da União Européia sobre *Competition and Regulation in the New Framework* em Bruxelas no ano de 2003 *apud* Maria Manuel Leitão MARQUES, João Paulo Simões ALMEIDA e André Matos FORTE, op. cit., p. 187).

É necessário, portanto, que o Estado atue de forma a garantir equilíbrio na concorrência. E o Estado deve atuar, neste particular, não como agente econômico, mas como um ente apartado do processo produtivo, capaz de exercer suas competências regulatórias de maneira a exigir determinados comportamentos que mantenham a competição equilibrada, corrigindo as “*deformações do mercado*”⁴⁹¹.

A regulação não tem apenas o condão de preservar o equilíbrio da concorrência em setores em que tal circunstância já é verificada, mas também tem a função de estabelecer ou restabelecer a concorrência em atividades econômicas em que a competição foi suprimida.

Em sentido oposto, ainda se pode admitir a supressão provisória da concorrência, como medida a evitar que seja verificado desequilíbrio na concorrência, pois há como se vislumbrar a hipótese de que o setor seria fatalmente dominado. Sergio FERRAZ afirma que é possível “(...) *a colocação entre parênteses, transitoriamente, da competição, quando se trate de uma etapa assecuratória da realização, ao final, de um regime de competição ampla, livre e justa*”⁴⁹².

Assim, a proteção da concorrência pela atividade regulatória do Estado tem a finalidade de permitir que a disputa e a competição entre os participantes do processo econômico ocorram de maneira equilibrada. Aliás, a concorrência é protegida pelo ordenamento constitucional e infraconstitucional em diversos níveis⁴⁹³ e com a finalidade de proteger a própria ordem econômica, mantendo a igualdade de condições entre concorrentes, o que traz benefícios para a sociedade em geral.

Neste ponto, cabe verificar as competências dos órgãos de defesa da concorrência, que tem por função evitar que ocorram práticas abusivas no mercado e que possam diminuir a competição e prejudicar a sociedade.

⁴⁹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*, p. 78.

⁴⁹² *Regulação da Economia e Livre Concorrência: uma hipótese*, p. 213.

⁴⁹³ “*Em nível micro-econômico, visa-se proteger a empresa de forma individualizada, como através de normas de concorrência desleal. A disciplina macro-econômica da concorrência busca resguardar o mercado, como ocorre por meio da legislação antitruste*” (cf. Leila CUÉLLAR, *Abuso de Posição Dominante no Direito de Concorrência Brasileiro*, p. 36).

6.2.3.1.1.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE era um órgão de cúpula dos Ministérios criado pela Lei nº 4.137/1962, mas que, com a edição da Lei nº 8.884/1994, foi transformado em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça⁴⁹⁴.

As competências do CADE praticamente são as mesmas, de apurar e reprimir o abuso de poder econômico praticado contra a livre concorrência e contra as relações de consumo. Portanto, além de outras funções definidas na legislação, reprime a formação de cartéis e a prática de *dumping*, além de adotar medidas antitruste.

No que se refere à organização institucional, o CADE é constituído de um Plenário composto por um Presidente e por seis Conselheiros, todos nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal⁴⁹⁵. As atribuições do Plenário do CADE estão previstas na Lei nº 8.884/1994⁴⁹⁶.

Além disso, aos agentes econômicos cabe levar a registro e apreciação do CADE, todos os ajustes, acordos, atos ou convenções que, de alguma forma, sejam tendentes a restringir a concorrência, tais como atos de concentração, para controle *a priori* do órgão.

6.2.3.1.2.

Secretaria de Direito Econômico – SDE

Também vinculada ao Ministério da Justiça, a Secretaria de Direito Econômico – SDE, prevista no artigo 13 da Lei nº 8.884/1994, tem sua competência estabelecida pelo artigo 14 da referida lei.

⁴⁹⁴ Artigo 3º da Lei nº 8.884/1994.

⁴⁹⁵ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*, p. 125.

⁴⁹⁶ Artigos 8º, 9º e 10.

A SDE é o órgão competente para instaurar os processos administrativos para a apuração e repressão de infrações contra a ordem econômica, remetendo-os ao CADE para julgamento, quando entender configurada a infração.

Compete à SDE, ainda, promover, na forma do artigo 30 da Lei nº 8.884/1994, as averiguações preliminares, de ofício ou por representação formulada pela parte interessada, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a imediata instauração de processo administrativo, adotando, inclusive, as providências previstas no artigo 35 da referida lei⁴⁹⁷.

6.2.3.2. Relações de consumo

As formas primitivas de troca de mercadorias foram substituídas pela produção e consumo em larga escala. Nessa produção em massa, o consumidor assume um papel passivo, pois não mais participa da elaboração do produto, ficando sujeito aos efeitos nocivos que esta evolução dos meios de produção pode ocasionar⁴⁹⁸.

Embora pela civilização industrial já tenha surgido a necessidade de proteção e defesa do consumidor, somente no século XX é que começam a surgir medidas efetivas para a sua proteção, mas que ainda não são satisfatórias⁴⁹⁹.

O atual modelo econômico baseia-se na relação entre produção e consumo. Os bens de consumo são utilizados para satisfazer determinadas necessidades dos

⁴⁹⁷ Pedro DUTRA adverte que não se trata de um “(...) *liberação absoluta, subitamente assegurada ao representante – ‘qualquer interessado’, ou à própria SDE, agindo de ofício – para que possam promover acusações descuidadas da prescrição contida na regra legal específica, a saber, o dever de fundamentar a representação que der causa à averiguação preliminar ou ao processo administrativo*” (*Livre Concorrência e Regulação de Mercados*, p. 3).

⁴⁹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 157.

⁴⁹⁹ Além da Constituição da República de 1988, o direito comparado também traz medidas de proteção e defesa do consumidor, com as seguintes Constituições estrangeiras: Alemanha (art. 74 (20)); Espanha (art. 51); Portugal (art. 81 (j), 109 e 110) e; ex-URSS (art. 23) (cf. Celso Ribeiro BASTOS e Ives Gandra MARTINS, op. cit., p. 158).

consumidores, que devem ter um tratamento compatível com a sua posição. Tanto é assim, que foi editado um Estatuto de Defesa e Proteção, através da Lei nº 8.078/1990⁵⁰⁰, conforme determinava o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁵⁰¹.

O princípio da proteção e defesa do consumidor decorre da intervenção estatal para evitar abuso do poder econômico e para equilibrar as relações de consumo. E não é só o abuso do poder econômico que justifica o princípio, mas também os defeitos e riscos decorrentes da produção dos bens de consumo em larga escala e os danos que podem causar⁵⁰².

A defesa do consumidor não tem somente caráter individual, mas coletivo, de proteger todas as relações de consumo. Reconhece-se, portanto, que os consumidores são vulneráveis e estão invariavelmente sujeitos às práticas abusivas.

Mais grave ainda, é que muitas vezes os consumidores não possuem meios de defesa, por questões financeiras e técnicas, para exigir a prestação adequada de serviços públicos⁵⁰³, até mesmo porque as entidades reguladoras do Estado estão, no modelo adotado, mais preocupadas em garantir a eficiência do sistema.

Mas diante do contexto constitucional, exige-se que o Estado, através de suas funções tradicionais ou via regulação, deva ser atuante na promoção da defesa do consumidor. Tanto a regulação estatal, como a defesa do consumidor, estão inseridas no âmbito constitucional, para que o desenvolvimento econômico esteja acompanhado da promoção social.

Não basta simplesmente que o Estado verifique se os preços exigidos estão dentro dos limites estabelecidos. Deve verificar se os preços são compatíveis com os bens e serviços prestados e não arbitrariamente impostos aos consumidores. O exercício da atividade reguladora não pode se curvar diante do poder econômico

⁵⁰⁰ Na Argentina existe a *Ley de Defensa del Consumidor*, 24.240, publicada no B.O. de 15/10/1993 (cf. Pascual CAIELLA, *Regulación de Los Servicios Públicos y Concurrencia*, p. 131).

⁵⁰¹ SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988: Aspectos Fundamentais*, p. 396.

⁵⁰² JUNQUEIRA FERREIRA, Wolgran. *Comentários à Constituição de 1988*, p. 957/958.

⁵⁰³ PINTO FALCÃO, Alcino. *Comentários à Constituição*, p. 248.

dos fornecedores e ter independência frente às interferências políticas do próprio poder público⁵⁰⁴, que muitas vezes é conivente com as práticas abusivas.

A Lei nº 8.078/1990 prevê os princípios que regem a Política Nacional das Relações de Consumo⁵⁰⁵, para possibilitar o equilíbrio nas relações entre fornecedores e consumidores. São eles: princípio da vulnerabilidade; princípio da informação; princípio da garantia de adequação; princípio do dever governamental; princípio do acesso à justiça e; princípio da boa-fé.

Pelo princípio da vulnerabilidade, entende-se que a autonomia de escolha do consumidor limita-se aos bens e serviços previamente colocados no mercado pelos fornecedores, sendo a parte frágil da relação, pouco importando o nível de instrução e o poder econômico⁵⁰⁶.

Já o princípio da informação visa educar e conscientizar os consumidores sobre seus direitos, além de informá-lo sobre os bens e serviços postos pelos fornecedores, através de dados verídicos e de forma transparente.

O princípio da garantia de adequação impõe aos fornecedores o dever de que seus bens e serviços apresentem qualidade compatível e estejam de acordo com as expectativas dos consumidores.

Com o advento da Constituição da República de 1988, o Estado passa a exercer a função de promover a defesa do consumidor, uma vez que foi alçada a qualidade de garantia constitucional. Assim, o princípio do dever governamental impõe ao Estado a obrigação de oferecer meios necessários para a promoção da tutela do consumidor, através de normas e órgãos capazes de realizar satisfatoriamente esta tarefa.

O princípio do acesso à justiça estabelece meios processuais específicos para que o consumidor possa buscar seus direitos em juízo, tal como a inversão do ônus da prova, visando o equilíbrio das relações de consumo. Destaque-se, ainda, a boa-fé, princípio inerente a todas as relações jurídicas, inclusive as de consumo, em que devem ser observados valores éticos e morais da sociedade⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 51.

⁵⁰⁵ Artigo 4º.

⁵⁰⁶ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*, p. 105.

⁵⁰⁷ EFING, Antônio Carlos, op. cit., p. 110.

Por tudo isso é que a atividade regulatória do Estado assume papel decisivo para a proteção e tutela das relações de consumo. É fundamental proteger as relações de consumo, como forma de promover equilíbrio entre produtores/fornecedores e consumidores.

Aliás, é dever do Estado promover a proteção e defesa das relações de consumo, conciliando, através da sua competência regulatória, os interesses dos consumidores com os dos agentes de produção.

O consumidor fica em posição passiva, não só diante dos agentes econômicos privados, mas em relação ao próprio Estado⁵⁰⁸, pois está vulnerável às práticas muitas vezes adotadas pelos produtores e fornecedores. E, neste ponto, a Constituição estabelece a disciplina quanto à produção e consumo, cabendo ao Estado a função de “(...) *regular o ciclo econômico*”,⁵⁰⁹.

No aspecto constitucional, a defesa do consumidor assume a conotação de princípio da ordem econômica e, portanto, deve ser tratada como tal. Qualquer violação ou limitação do princípio significa violação à Constituição⁵¹⁰.

Portanto, cabe ao Estado, no exercício da sua função reguladora, promover a concretização da defesa do consumidor prevista constitucionalmente.

Existe uma relação entre a defesa do consumidor e a da concorrência, pois a regulação econômica visa impedir atos de concentração, monopólios e outras práticas abusivas, que podem tanto afetar as relações de consumo com a livre concorrência.

A liberdade econômica tem limites definidos na Constituição e que representam formas de contenção de abusos, sendo que a proteção do consumidor deve ser promovida pelo Estado, como maneira de implementar os valores constitucionais, através de sua competência regulatória e pela aplicação da legislação atinente às relações de consumo.

⁵⁰⁸ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *A Ordem Econômica e Financeira e a nova Constituição*, p. 12.

⁵⁰⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, op. cit., p. 208.

⁵¹⁰ RÊGO, Werson Franco Pereira; RÊGO, Oswaldo Luiz Franco. *O Código de Defesa do Consumidor e o Direito Econômico*, p. 540.

6.2.3.3. Legislação

Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar, concorrentemente, sobre a produção e o consumo⁵¹¹, além de, juntamente com os Municípios, fiscalizar e controlar a produção dos bens e serviços colocados no mercado de consumo⁵¹².

Assim, além das disposições e princípios constitucionais que regem a concorrência e o consumo, existem normas infraconstitucionais, de natureza civil, penal e administrativa, contra práticas concorrenciais abusivas e de proteção das relações de consumo.

6.2.3.3.1. Código de Proteção e Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/1990

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, instituído pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, funciona como verdadeiro Estatuto que prevê inúmeras normas de proteção das relações de consumo, regulando inúmeras situações para buscar o equilíbrio entre fornecedores e consumidores.

A edição da Lei nº 8.078/1990, além de decorrer do ordenamento constitucional, é uma conseqüência do aumento significativo da demanda do mercado de consumo, que passou a produzir de bens e a oferecer serviços em larga escala, cujas situações exigem disciplina jurídica específica.

Assim, a Lei nº 8.078/1990 tem a relevante finalidade de manter o equilíbrio das relações de consumo, possibilitando que os envolvidos, em especial os consumidores, tenham a garantia de que seus direitos serão respeitados pela outra parte.

⁵¹¹ Artigo 24, I da Constituição da República.

⁵¹² Artigo 55 da Lei nº 8.078/1990.

Esta constatação vem sendo paulatinamente observada, o que acaba por diferenciar o Código de Defesa do Consumidor das demais leis, por possuir tal capacidade de transformar a sociedade de consumo.

Passados muitos anos da edição da Lei nº 8.078/1990, já podem ser percebidos efeitos expressivos, em especial no que se refere aos consumidores, que passaram a ser mais respeitados em seus direitos, com a adequação de bens e serviços.

Este avanço concreto dos direitos dos consumidores tem, no Código de Defesa do Consumidor, uma de suas causas, vez que introduziu instrumentos efetivos de proteção para a parte mais frágil da relação de consumo⁵¹³.

Diante disso, o Código de Defesa do Consumidor prevê em seu artigo 4º, inúmeros princípios para o “*atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo*”.

Além dos princípios previstos em seu artigo 4º e dos direitos básicos do consumidor elencados em seu artigo 6º dentre outras garantias, a Lei nº 8.078/1990, no seu artigo 105, instituiu o denominado Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, integrado pelos órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e dos Municípios e as entidades privadas de defesa do consumidor.

A coordenação política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor está a cargo do Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, órgão vinculado à Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça⁵¹⁴.

Ainda, a Lei nº 8.078/1990 possui um sistema de garantias legais, informando limites mínimos para a manutenção ou recomposição do equilíbrio da relação de consumo e que devem ser observados pelos fornecedores⁵¹⁵, como a garantia de adequação (qualidade dos bens e serviços), garantia de segurança, vida e saúde (decorrente da adequação), garantia do fornecimento ininterrupto de

⁵¹³ Mas a Lei nº 8.078/1990 não estabelece apenas direitos dos consumidores, tendo a finalidade de regular as relações de consumo como um todo “(...) evitando a prevalência de um sujeito em detrimento do outro, assumindo o papel de equalizador da situação vulnerável dos consumidores em relação ao fomentado poderio dos fornecedores” (cf. Antônio Carlos EFING, op. cit., p. 32).

⁵¹⁴ Artigo 106 da Lei nº 8.078/1990.

⁵¹⁵ EFING, Antônio Carlos, op. cit., p. 240.

serviços públicos. Por outro lado, existe o sistema de garantias contratuais, que é adicional às garantias legais, devendo ser conferida mediante termo escrito⁵¹⁶.

6.2.3.3.2.

Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/1985

A ação civil pública é um dos instrumentos para a defesa de interesses difusos e coletivos. A Lei nº 7.347/1985 regula as ações para a responsabilização por danos, dentre outros, daqueles causados aos consumidores e sua grande inovação está na instauração de inquérito civil por competência do Ministério Público, para a coleta de dados sobre a eventual ocorrência de uma infração ou ilícito. De qualquer maneira a legitimidade ativa para a promoção da defesa de interesses coletivos e difusos, ficou a cargo do Ministério Público, ou através das entidades previstas no artigo 5º da Lei nº 7.347/1985.

No caso do manejo da ação civil pública para fins da proteção das relações de consumo, devem ser observados os incisos VI e VII, do artigo 6º da Lei nº 8.078/1990. Além disso, a própria Lei nº 7.347/1985 prevê os trâmites processuais da ação civil pública, valendo lembrar que a sentença proferida neste âmbito fará coisa julgada com efeito *erga omnes*, dentro dos limites da lide.

6.2.3.3.3.

Lei dos Crimes contra a Ordem Econômica – Lei nº 8.137/1990

A Lei nº 4.137/1962, revogada pela Lei nº 8.884/1994, deu espaço para a Lei nº 8.137/1990, que prevê os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

Especificamente quanto às relações de consumo, referida lei⁵¹⁷ prevê condutas típicas que podem ferir os direitos dos consumidores, o que manifesta a

⁵¹⁶ Artigo 50 da Lei nº 8.078/1990.

preocupação do legislador infraconstitucional em punir penalmente as práticas abusivas nas relações de consumo⁵¹⁸.

Por sua vez, os artigos 4º, 5º e 6º da Lei nº 8.137/1990 prevêm os crimes contra a ordem econômica, tipificando condutas de abuso de poder econômico, atos de concentração, formação de cartel, propaganda abusiva, venda casada, preços maiores que os definidos por autoridade competente (quando for o caso), dentre outros.

Além de considerar como crimes tais condutas, a Lei nº 8.137/1990 prevê a aplicação de multas pecuniárias, que até mesmo podem substituir as penas previstas. Inovação relevante refere-se à responsabilização penal da pessoa jurídica que concorre para a prática dos crimes definidos na lei em comento⁵¹⁹.

6.2.3.4. Repressão ao abuso do poder econômico

Inserido no sistema de proteção da concorrência e das relações de consumo estão as medidas de repressão ao abuso do poder econômico. O poder econômico é uma decorrência do acúmulo de recursos financeiros que, salvo quando utilizado para aprimorar a produção de bens e prestação de serviços, acaba provocando distorções sobre a ordem econômica com efeitos prejudiciais⁵²⁰.

O poder econômico é, portanto, resultado do processo econômico em que algum ou alguns concorrentes se sobrepõem aos demais, exercendo o domínio do mercado. Isto confere ao agente econômico que possui tal condição, a possibilidade de determinar os aspectos do processo produtivo, com o poder de tomar decisões de maneira autônoma e independente⁵²¹.

⁵¹⁷ Artigo 7º.

⁵¹⁸ EFING, Antônio Carlos, op. cit., p. 288.

⁵¹⁹ Artigo 11 da Lei nº 8.137/1990.

⁵²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 754.

⁵²¹ Tal como a fixação de preços, volume de produção e se impor aos concorrentes (cf. Leila CUÉLLAR, *Abuso de Posição Dominante do Direito de Concorrência Brasileiro*, p. 38).

Quando utilizado indevidamente, o poder econômico pode se converter em abuso, devendo ser reprimido pelo Estado, conforme determinação constitucional⁵²². O abuso do poder econômico é comumente praticado pela iniciativa privada, mas que também pode ser praticado pelo Estado quando exerce diretamente atividades econômicas.

A repressão ao abuso do poder econômico compreende as medidas estatais incidentes sobre o domínio econômico, com a finalidade de evitar, coibir e sancionar condutas causadoras, ou tendentes a causar⁵²³, distorções na economia de mercado.

Além das condutas abusivas decorrentes das práticas de *truste*, *dumping* e formação de cartel⁵²⁴, as formas de abuso do poder econômico vêm descritas no próprio texto constitucional, sendo a *dominação de mercados*, *eliminação da concorrência* e *aumento arbitrário dos lucros*⁵²⁵.

A dominação de mercados consiste na supremacia de determinado agente econômico, que se vale desta posição para impor condições que lhe são favoráveis, de modo que os demais concorrentes não têm possibilidade de atuar no setor dominado⁵²⁶.

Já a eliminação da concorrência decorre da dominação dos mercados, pois corresponde a supressão dos concorrentes existentes, ou o impedimento de novos agentes econômicos na exploração da mesma atividade, o que também acabar por representar a impossibilidade dos consumidores em exercer seu direito de escolha.

E o aumento arbitrário dos lucros ocorre quando há uma relação desproporcional entre o custo e preço final do bem ou serviço, causando prejuízos aos consumidores, que acabam arcando com esta decisão abusiva de determinado agente econômico.

⁵²² § 4º, do artigo 173 da Constituição da República.

⁵²³ Ver nota 62 deste Capítulo.

⁵²⁴ Ver item 6.2.3.1. deste Capítulo.

⁵²⁵ § 3º, do artigo 173 da Constituição da República.

⁵²⁶ Leila CUÉLLAR faz a seguinte ressalva: “A norma constitucional admite a detenção de posição dominante, mas a considera ilícita, quando for conquistada através de comportamentos restritivos à liberdade de concorrência. Logo, a figura fática do domínio de mercado somente será abusiva, se decorrente de atuação anticoncorrencial” (*Abuso de Posição Dominante no Direito de Concorrência Brasileiro*, p. 39).

Todas estas condutas devem ser reprimidas pelo Estado, que tem a função de estabelecer regras eficientes para evitar ou sancionar comportamentos que não estejam adequados e que causem desequilíbrio na ordem econômica⁵²⁷.

6.2.3.5. Planejamento econômico e regulação

Planejamento consiste em definir metas, traçando diretrizes de ação voltadas para atingir e alcançar determinadas finalidades. Cabe ao Estado, além fiscalizar e controlar, a função de planejamento⁵²⁸. O planejamento econômico consiste na coordenação das atividades econômicas, para a realização de objetivos de desenvolvimento definidos em políticas públicas⁵²⁹.

Hely Lopes MEIRELLES define a figura do planejamento como sendo “(...) *o estudo das diretrizes e metas que deverão orientar a ação governamental, através de um plano geral de governo, de programas globais, setoriais e regionais de duração plurianual, do orçamento-programa anual e da programação financeira de desembolso, que são seus instrumentos básicos*”⁵³⁰.

O planejamento é uma prática contínua do Estado e um instrumento importante para a atuação estatal sobre o domínio econômico, para conduzir e economia de mercado com base nos princípios constitucionais⁵³¹.

⁵²⁷ “No modelo brasileiro, o Estado pode impor limites à atuação individual e reprimir comportamentos capazes de causar dano ao mercado e à livre concorrência (o que faz, por exemplo, através da legislação antitruste)” (CUÉLLAR, Leila, op. cit., p. 51).

⁵²⁸ Artigo 174, § 1º da Constituição da República.

⁵²⁹ O artigo 7º do Decreto-Lei nº 200/1967 estabelece que: “A ação governamental obedecerá a planejamento que vise a promover o desenvolvimento econômico-social do País e a segurança nacional, norteando-se segundo planos e programas elaborados, na forma do Título III, e compreenderá a elaboração e atualização dos seguintes instrumentos básicos: a) plano geral de governo; b) programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual; c) orçamento-programa anual; d) programação financeira de desembolso”.

⁵³⁰ *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 710/711.

⁵³¹ Marcos Juruena VILLELA SOUTO entende que o planejamento é uma modalidade de intervenção do Estado no domínio econômico (*Direito Administrativo da Economia*, p. 21/22). Por sua vez, Eros Roberto GRAU considera o planejamento como qualificador da intervenção, pois antecede ao exercício das práticas interventivas que, de conseqüência, ocorrem de maneira mais racional (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 151).

Como instrumento de política regulatória, o planejamento econômico serve de suporte para identificar setores da economia que são prioritários e, por isso, exigem do Estado atenção específica. É estabelecido um programa de desenvolvimento, que pode contar com a colaboração dos particulares, que, por sua vez, podem aderir ou não aderir ao plano, caso este em que o Estado assumirá a responsabilidade de desenvolver a atividade⁵³².

Portanto, incumbe ao Estado a função de formular as diretrizes de planejamento econômico, até mesmo como forma de prevenir e minimizar os riscos decorrentes da exploração das atividades econômicas pela iniciativa privada⁵³³.

6.2.4. Concessão de serviços públicos

Pela concessão o Estado transfere a outrem a prestação de um serviço público, nas condições estabelecidas pelo poder concedente⁵³⁴. A concessão não transfere propriedade e nem retira as prerrogativas do Estado, que somente concede a prestação de um serviço público mediante sua própria autorização⁵³⁵.

De igual sorte, não se transfere a titularidade do serviço prestado, cabendo ao concessionário somente o exercício das funções correspondentes para a prestação do serviço concedido⁵³⁶.

A concessão é um mecanismo de fundamental importância para que o Estado tenha condições de cumprir suas funções, em especial quanto à prestação de serviços públicos⁵³⁷.

⁵³² Isto é uma decorrência do princípio da subsidiariedade. “O que se quer com isso dizer é que a regulação não deve incidir sobre todo e qualquer segmento econômico, mas, tão-somente, sobre aqueles considerados social e economicamente relevantes, sendo o plano do art. 174, CF uma das fontes dessa definição” (cf. Marcos Juruena VILLELA SOUTO, *Direito Administrativo Regulatório*, p. 99).

⁵³³ QUEIROZ, Pedro Aurélio. *Regulação Concorrencial dos Organismos Geneticamente Modificados*, p. 235.

⁵³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 602.

⁵³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 340.

⁵³⁶ CRETELLA JR, José. *Curso de Direito Administrativo*, p. 358.

O Estado atribui a um terceiro o desempenho do serviço público, transferindo apenas sua prestação e algumas prerrogativas⁵³⁸.

O concessionário assume a prestação do serviço concedido pelo Estado, que o desempenha diretamente aos usuários, ficando sujeito ao controle e fiscalização do poder concedente.

A concessão “(...) é um instrumento de agregação de sujeitos para ampliar os esforços necessários à concretização de um fim de grande relevância”⁵³⁹.

6.2.4.1. Sobre a definição de serviço público

A noção de serviço público surge na França⁵⁴⁰, indicando as atividades administrativas de forma geral^{541, 542 e 543}. O conceito de serviço público é um tema recorrente, sendo que inúmeros fatores influenciam esta definição, em especial no que tange ao regime jurídico aplicável⁵⁴⁴.

⁵³⁷ Rubén M. CITARA faz um raciocínio interessante, quando afirma que há uma revitalização da atividade privada baseada na economia de mercado, para o fim de oferecer melhores condições de satisfazer as necessidades sociais do que quando são atendidas pelos serviços públicos oficiais (*El concepto de servicio público ante las cambiantes circunstancias del mundo actual*, p. 740). Isto pode até mesmo representar uma justificativa da concessão, pois o particular presta o serviço público com eficiência de atividade privada, mas com as garantias do direito público aos usuários.

⁵³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos*, p. 65.

⁵³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 505.

⁵⁴⁰ Franck MODERNE aponta que, atualmente e em decorrência da formação da União Européia, até mesmo a definição clássica de serviço público do direito francês está sendo transformada por influência do direito comunitário europeu, por conta do esboço da noção de *serviço de interesse econômico gera*”, como forma de unificar a organização e funcionamento da utilidade na Europa (*El concepto de servicio público frente al desafío de la Unión Europea*, p. 820 e 822).

⁵⁴¹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, p. VI-2.

⁵⁴² A doutrina francesa ainda fazia uma distinção entre os serviços essenciais do Estado e os serviços facultativos do Estado (cf. H. BERTHÉLEMY, *Droit Administratif*, p. 204 e 709).

⁵⁴³ Fernando Andrade de OLIVEIRA afirma que os tratadistas franceses já divergiam sobre o conceito de serviço público na sua origem. León DUGUIT (*Traité de Droit Constitutionnel*) entendia que os serviços públicos representavam todas as atividades do Estado e que deveriam ser organizadas e controladas pelos governantes para atender o interesse social. Por sua vez, Gaston Jèze (*Principios Generales del Derecho Administrativo*) adotava um conceito mais restrito, sendo as atividades de interesse público organizadas sob o específico regime de Direito Público (*Direito Administrativo: Orígens, Perspectivas e Outros Temas*, p. 32/33).

⁵⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, op. cit., p. 575.

Ao contrário da concepção inicial adotada na França, no Brasil o conceito de serviço público é restritivo, sendo que Marçal JUSTEN FILHO assim define:

“Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público.”⁵⁴⁵

Assim, serviço público é toda aquela utilidade material prestada pelo Estado, direta ou indiretamente, sob o regime de direito público. Embora a doutrina tenha elaborado uma definição de serviço público com um mínimo de precisão⁵⁴⁶, este conceito ainda não está perfeitamente acabado.

O conceito de serviço público apresenta um aspecto material e outro formal. O aspecto material trata do conteúdo dos serviços e quais as utilidades que, prestadas direta ou indiretamente pelo Estado, constituem serviço público. A insuficiência do aspecto material levou ao surgimento do aspecto formal, ou seja, a submissão da prestação de serviços públicos ao regime jurídico de direito público (serviço público é aquele prestado sob regime de direito público), sendo que o próprio direito positivo assim os qualifica.

É o Estado, por meio de lei, que elege ou não determinada atividade à categoria de serviço público⁵⁴⁷. Contudo, esta *liberdade* do Estado na qualificação do serviço público, ensejando a adoção do regime de direito público para a sua prestação é limitada, pois está condicionada aos limites impostos pela Constituição da República⁵⁴⁸.

Portanto, o contrário não é válido, pois não é possível que o legislador infraconstitucional retire do serviço público este caráter atribuído pela própria Constituição da República.

Desta forma, os serviços públicos são prestações de interesse comum, que justificam as funções do Estado⁵⁴⁹, podendo ser prestados diretamente pelo Estado ou por intermédio de outrem, desde que sob o regime de direito público.

⁵⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 478.

⁵⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos*, p. 58.

⁵⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, op. cit., p. 587.

⁵⁴⁸ Idem.

⁵⁴⁹ DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*, p. 581.

Por esta razão é que a concessão não afeta a natureza do serviço público, que continua sendo de titularidade do Estado, mas que não precisa, necessariamente, ser prestado direta e exclusivamente pelo poder público.

6.2.4.2.

Finalidade das concessões de serviços públicos

Prestar serviços públicos é uma das funções do Estado. Ocorre que, muitas vezes o Estado não dispõe da estrutura adequada e necessária para viabilizar a prestação de um determinado serviço público. Quando isto ocorre, cabe ao Estado possibilitar que um particular realize as obras necessárias para a estruturação e prestação do serviço público, mediante procedimento licitatório e com a respectiva remuneração.

Existem serviços que demandam prestação continuada o que acaba por ensejar a concessão. A concessão permite a plena continuidade do serviço público que o Estado não tem condições de prestar diretamente, pois não será preciso a abertura de procedimento licitatório a cada nova necessidade de prestação do serviço, evitando interrupções e atrasos.

Na concessão, o Estado transfere a responsabilidade e outras prerrogativas da prestação de determinado serviço público, que simplesmente não podem ser deixados para a iniciativa privada, devendo observar o regime de direito público.

A concessão de serviços públicos serve como instrumento para que o Estado possa continuar exercendo suas funções, agora com a “*colaboração do particular*”⁵⁵⁰ e para “*a realização de valores constitucionais fundamentais*”⁵⁵¹.

6.2.4.3.

⁵⁵⁰ CRETELLA JR, José, op. cit., p. 370.

⁵⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 500.

O regime jurídico aplicado às concessões de serviços públicos e as implicações da concessão sobre a natureza e remuneração do serviço

É o interesse público que justifica a necessidade da prestação de serviços públicos, também chamado de interesse vital pela doutrina alemã, interesse coletivo por outros autores e, ainda, qualificado como interesses público primário⁵⁵².

Por isso é que concessão não retira o caráter público do serviço⁵⁵³, porque a finalidade do Estado, quando utiliza o regime de concessão, continua sendo atingir e satisfazer o interesse público com a colaboração do particular.

Para os usuários, o concessionário atua como se fosse uma extensão do Estado, para o fim específico de prestar determinado serviço público⁵⁵⁴. A prestação de um serviço público, de forma direta ou indireta, deve atender de maneira satisfatória e adequadamente os usuários.

Tanto é assim, que o usuário continua tendo o direito de receber um serviço público eficiente, contínuo e com tarifa compatível, devendo ser assegurada, ainda, sua proteção qualquer que seja a forma de prestação.

Não importa que as relações que não abrangem a prestação do serviço público estejam sob a égide do direito privado, pois o objeto da concessão se subordina ao regime de direito público. A finalidade da concessão é atender o interesse público, sendo que a prestação do serviço, de consequência, sofre a incidência do direito público.

A concessão não altera a natureza do serviço público, pois “*serviço concedido é serviço do Poder Público, apenas executado por particular em razão da concessão*”⁵⁵⁵. O serviço que não é público pode ser explorado diretamente pela iniciativa privada.

Veja-se que o lucro dos concessionários não afasta a aplicação do regime de direito público, especificamente no que se refere a prestação do serviço. O

⁵⁵² FIORINI, Bartolome A. *Manual de Derecho Administrativo*, p. 839.

⁵⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos*, p. 66.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 68.

⁵⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 340.

concessionário, mesmo prestando um serviço público que recebe a aplicação de regime jurídico específico, adota práticas empresarias para a prestação, investindo recursos e obtendo lucros.

Mesmo diante disso, não se pode afirmar que o concessionário presta o serviço concedido por sua conta e risco. Se assim o fosse, seria a uma prestação de serviços comum. Mas como se trata de serviço público, este deve ser contínuo e não pode simplesmente ficar sujeito aos riscos empresariais.

Não se retira totalmente os riscos da atividade, que também não podem ser totalmente suportados pelo concessionário, pois a “*concessão de serviço público significa um compartilhamento de riscos e proveitos entre o Estado, a sociedade e um particular*”⁵⁵⁶. Além disso, a Constituição não veda que o Estado possa investir recursos públicos para a manutenção do serviço concedido.

6.2.4.4.

Regulação e serviços públicos prestados em regime de concessão

Devido à *privatização*, atualmente existe a questão central da regulação que o Estado tem que exercer sobre os serviços públicos prestados em regime de concessão. O Estado deve exercer sua condição irrenunciável de ente controlador e fiscalizador⁵⁵⁷, o que o obriga a regular a prestação de serviços públicos concedidos.

Devido à natureza do serviço público, há a necessidade de que sua prestação por particulares observe regras específicas que possam garantir sua manutenção e adequação. A atividade regulatória do Estado deve assegurar a qualidade, eficiência e a continuidade do serviço⁵⁵⁸.

A regulação tem como objetivo proteger os usuários e fiscalizar os concessionários, cabendo ao Estado o controle da prestação do serviço público,

⁵⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 504

⁵⁵⁷ GORDILLO, Agustín, op. cit., p. VI-5.

⁵⁵⁸ DROMI, Roberto, op. cit., p. 596.

observando os princípios constitucionais⁵⁵⁹. E justamente por ter a iniciativa privada assumido a prestação de serviços público, foi acentuada a competência regulatória do Estado neste setor⁵⁶⁰.

A opção brasileira tem sido a regulação independente, através da delegação de competências normativas para regular determinado setor, neste caso para estabelecer as regras necessárias para a prestação dos serviços públicos concedidos⁵⁶¹.

São criadas estruturas autônomas e especializadas, que exercem suas competências sobre o setor regulado⁵⁶², tendo origem no modelo norte-americano, embora no Brasil não se assemelhem às entidades dos Estados Unidos.

A intensidade da regulação sobre os serviços públicos concedidos ocorre de acordo com as características de cada prestação, recebendo tratamento diferenciado e específico em razão da natureza da atividade⁵⁶³. A regulação dos serviços públicos concedidos funciona como uma garantia dos usuários, no sentido de que se deve promover a qualidade, eficiência e tarifas adequadas⁵⁶⁴. Se bem que muitos usuários desconhecem a existência de órgãos reguladores que tem, dentre outras, a função de controlar a qualidade dos serviços públicos⁵⁶⁵.

A assunção do modelo regulador acarretou mudanças profundas no Estado em geral e na forma da prestação dos serviços públicos em particular. O Estado

⁵⁵⁹ Tais como a dignidade da pessoa humana, promoção de justiça social, defesa do consumidor/usuário, proteção do meio ambiente e outros.

⁵⁶⁰ FERREIRA, Sergio de Andréa. *A Regulação como expressão do poder normativo governamental*, p. 366.

⁵⁶¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. *A Regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento*, p. 84/86.

⁵⁶² MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões; FORTE, André Matos, op. cit., p. 188.

⁵⁶³ É o que se denomina de *assimetria regulatória* (cf. Alexandre Santos de ARAGÃO, *Serviços Públicos e Concorrência*, p. 82).

⁵⁶⁴ Em especial sobre a remuneração dos concessionários, deve haver adequação econômica dos valores, para que a prestação do serviço não seja inviabilizada (cf. Jaime Melo BAPTISTA; Dulce Álvaro PÁSSARO e; Rui Ferreira dos SANTOS, op. cit., p. 105/106).

⁵⁶⁵ Na Argentina, cerca de 54% da população desconhece a existência das agências. Entre os que têm conhecimento da existência das agências, 49% acreditam que o controle é mal efetuado e destes apenas 33% entendem o que é regular (dados do Diário *Clarin*, Suplemento Econômico de 11/12/1994, cf. César Carlos NEIRA, *Entes Reguladores de Servicios: La defensa del usuario*, p. 15). No Brasil, pesquisas também demonstram baixos níveis de conhecimento das agências reguladoras por parte da população (cf. Alketa PECCI e Bianor Scelza CAVALCANTI, *A Outra Face da Regulação: o Cidadão-Usuário de Serviços Públicos no Novo Modelo Regulatório Brasileiro*, p. 16).

passa a adotar uma postura diferente, não mais atuando de maneira direta sobre as atividades econômicas e sobre a área social.

O Estado passa a se preocupar com suas funções essenciais, que não podem ser delegadas, outorgando aos particulares atividades supletivas, como a prestação de serviços públicos. Isto não significa que o Estado está se negando a realizar o interesse público, pois é neste contexto que se canaliza a realização do bem comum, predominando o regime de direito público⁵⁶⁶.

A regulação sobre os serviços públicos tem importância fundamental, na medida em que serve de instrumento para estabilizar as relações entre poder concedente, concessionários e usuários, o que é de todo necessário, considerando os investimentos realizados e os interesses públicos envolvidos. É o que se denomina de marco regulatório⁵⁶⁷.

Ainda que seja um instrumento de estabilidade, o marco regulatório serve para que os serviços públicos se adaptem constantemente para atender o interesse público, de maneira que não deve haver rigor excessivo, para não impedir a evolução da prestação de acordo com as necessidades atuais.

Ainda assim, devem ser observados os direitos dos usuários e concessionários, razão pela qual o marco regulatório dos serviços públicos combina adaptação e segurança jurídica⁵⁶⁸. Segurança jurídica entendida como sendo aquela em que as mudanças podem ocorrer, desde que previamente estabelecidos os procedimentos e desde que sejam assegurados os direitos do envolvidos no processo⁵⁶⁹.

⁵⁶⁶ Juan Carlos CASSAGNE, citado por César Carlos NEIRA, esclarece que o Estado Regulador é uma síntese das mudanças ocorridas na estrutura estatal, em especial no que se refere aos serviços públicos prestados por particulares (op. cit., p. 36).

⁵⁶⁷ “O marco regulatório propicia a estabilidade necessária para os investidores em serviços públicos, cujos contratos de delegação são celebrados por décadas, ainda que a total segurança jurídica seja impossível de ser alcançada no mundo contemporâneo e, menos ainda, em se tratando de atividades em relação às quais a Administração Pública possui *ius variandi* para adaptá-las constantemente à evolução dos interesses públicos” (cf. Alexandre Santos de ARAGÃO, *O marco regulatório dos serviços públicos*, p. 72/73).

⁵⁶⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de, op. cit., p. 73.

⁵⁶⁹ Afirma Jean-Yves CHÉROT que “(...) a adoção de um marco regulatório com o objetivo de assegurar segurança jurídica não significa que as regras estejam estabilizadas, já que uma das suas características é a de ser evolutivo. O marco regulatório muda bastante depressa. Em um primeiro momento para acompanhar um enorme aumento da liberalização; em seguida para levar em consideração os resultados da liberalização e adaptar-lhe o quadro que serviu para

O marco regulatório⁵⁷⁰ determina que o Estado de prestador/executor passou a ser controlador/ordenador, devendo regular a prestação de serviços públicos por particulares, estabelecendo os critérios e aspectos de fiscalização, bem como garantindo que os usuários terão proteção adequada⁵⁷¹.

O Estado não é mais prestador de alguns serviços públicos, mas regulador e fiscalizador, determinando a maneira como deve ocorrer a prestação⁵⁷². Porém, o próprio Estado não está fora do alcance da regulação. Conforme ensina VITAL MOREIRA “(...) a função de regulação e supervisão não deve ser exercida somente sobre as empresas privadas concessionárias, mas também sobre os próprios organismos públicos (...)”⁵⁷³.

Apesar de tudo, ainda é função do Estado permitir que os serviços públicos sejam disponibilizados aos cidadãos. O que ocorre é que, por força de um novo modelo, a prestação de serviços públicos passou a ser concedida para a iniciativa privada, “(...) que associa a capacidade produtiva desse setor às funções de regulação e fiscalização que devem permanecer no âmbito do Estado”⁵⁷⁴.

De toda sorte, é necessário que haja maior integração e participação entre poder concedente, concessionários e, principalmente, usuários, sem o que a atividade regulatória do Estado pode se tornar vazia e inócua em relação aos serviços públicos.

6.2.4.5.

implementar a concorrência. Todavia, isto não nega a necessidade de um marco que especifique precisamente as regras ext ante” (apud ARAGÃO, Alexandre Santos de, op. cit., p. 74).

⁵⁷⁰ Na Europa ocorreu antes a regulação dos serviços e depois a privatização. Já na Argentina, primeiro privatizou-se para depois estabelecer a regulação sobre a prestação dos serviços (cf. Pascual CAIELLA, op. cit., p. 116).

⁵⁷¹ Na Argentina, a regulação em matéria de serviço público está no artigo 42 da Constituição que estabelece que “a lei opera como um princípio de garantia dos direitos dos sujeitos envolvidos com o serviço público, especialmente os usuários” (cf. Pascual CAIELLA, op. cit., p. 119).

⁵⁷² “Com o refluxo do Estado hipertrofiado, o movimento de *devolução da prestação* dos serviços públicos às empresas privadas passou a exigir um concomitante *retorno da regulação e do controle* ao Estado, o que provocou a recriação de órgãos especializados para o gerenciamento dos diferentes setores de serviços, aptos a zelar pela observância dos princípios e preceitos específicos a eles aplicáveis” (cf. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Mutações do Direito Administrativo*, p. 150).

⁵⁷³ *Oportunidade desperdiçada*, p. 206

⁵⁷⁴ PECCI, Alketa; CAVALCANTI, Bianor Scelza, op. cit., p. 25.

Controle tarifário

A tarifa é um elemento fundamental no que se refere à regulação dos serviços públicos. Mas a fixação das tarifas é um processo complexo, pois envolve inúmeros elementos e critérios⁵⁷⁵.

Embora os parâmetros de fixação das tarifas sejam decorrentes de uma decisão política que antecede a regulação⁵⁷⁶, verificar sua adequação⁵⁷⁷ e os reajustes dos valores cobrados pelos concessionários é tarefa da atividade regulatória do Estado.

Quando o serviço público é prestado em regime de monopólio natural⁵⁷⁸, a regulação das tarifas se destina a verificar se os valores são suficientes para garantir ao concessionário remuneração condizente com os investimentos realizados para a prestação do serviço. Além disso, o valor da tarifa deve possibilitar a utilização dos serviços pelos usuários⁵⁷⁹.

Por outro lado, quando os serviços são prestados por uma pluralidade de concessionários, o controle das tarifas via regulação não pode simplesmente estabelecer um valor único, o que retiraria a competição entre os prestadores, reduzindo, ou até mesmo eliminando, qualquer benefício aos usuários⁵⁸⁰.

⁵⁷⁵ Além disso, a fixação de tarifas envolve a questão do instrumento adequado para sua fixação por força do princípio da legalidade. Neste sentido, veja-se a afirmação de Jacinto Arruda CÂMARA: “Um importante mecanismo de controle da juridicidade da política tarifária esta justamente em aferir se sua inclusão no ordenamento jurídico se deu por intermédio do veículo adequado, ou seja, consiste em saber se existe fundamentação legal para que se institua determinada política pública por meio do regime tarifário” (*O Regime Tarifário como Instrumento de Políticas Públicas*, p. 122). Isto sem mencionar a eterna polêmica entre taxas e tarifas.

⁵⁷⁶ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo Regulatório*, p. 83.

⁵⁷⁷ A doutrina comumente utiliza a expressão *modicidade da tarifa*. Endente-se que a expressão *adequação da tarifa* reflete com mais precisão a intenção do legislador quando define a fixação e a possibilidade de reajuste tarifário, que deve seguir o princípio do equilíbrio, de forma a remunerar *adequadamente* o concessionário, mas sem onerar excessivamente o usuário (neste sentido ver o entendimento de Marçal JUSTEN FILHO, *Concessões de Serviços Públicos*, p. 252).

⁵⁷⁸ V.g. concessão de rodovia.

⁵⁷⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein, op. cit., p. 91/92.

⁵⁸⁰ A intenção da concorrência entre os prestadores de serviços públicos é a de permitir que as tarifas sejam as menores possíveis, o que representa um claro benefício aos usuários.

Mas o reajuste da tarifa não pode simplesmente ser liberado, como se a prestação de serviços públicos fosse uma atividade comum explorada em regime de economia de mercado⁵⁸¹.

Assim, deve ser estabelecido um teto de reajuste⁵⁸², para que os concessionários possam, dentro desse limite, determinar as tarifas de modo a estimular a competição, permitindo a pluralidade de escolha dos usuários em decorrência dos valores e da qualidade do serviço.

A regulação tarifária pode ficar adstrita a um controle mínimo, em que ocorre apenas o acompanhamento dos valores, mas pode ocorrer também um controle máximo, com fixação da tarifa ou até mesmo com a redução do valor, desde que exista base legal para tais restrições e não seja afetado o equilíbrio entre a prestação do serviço e a contrapartida⁵⁸³.

Desta forma, a regulação sobre as tarifas contribui, também, para aumentar a eficiência da prestação⁵⁸⁴, vez que, com a competição entre os concessionários, tende a ser verificado um aumento gradual na qualidade dos serviços.

6.3. Regulação social

A regulação social é uma decorrência da regulação econômica, na medida em que a incidência regulatória sobre o domínio econômico não se destina apenas a promover o funcionamento adequado do mercado, garantir a livre iniciativa, estimular a concorrência leal ou reprimir abuso do poder econômico. A partir do momento que a regulação econômica visa estas finalidades, seus reflexos acabam

⁵⁸¹ Devido à natureza do serviço público e da concessão, as tarifas recebem intensa regulação estatal para proteger os usuários.

⁵⁸² É o que se denomina de *price cap* ou tarifa limite (cf. Marcos Juruena VILLELA SOUTO, *Direito Administrativo Regulatório*, p. 84).

⁵⁸³ SUNDFELD, Carlos Ari. *A Regulação de Preços e Tarifas dos Serviços de Telecomunicações*, p. 322.

⁵⁸⁴ GARCIA, Flávio Amaral. *A Remuneração nas Concessões de Rodovias*, p. 59.

por promover fins sociais, pois a ordem econômica funciona como fonte subsidiária para a realização de valores constitucionais não econômicos⁵⁸⁵.

Além disso, a regulação não se limita a incidir sobre o domínio econômico, podendo também incidir sobre a ordem social, o que permite apontar que existe uma regulação social. O exercício da atividade regulatória não tem como finalidade apenas inibir abusos econômicos e corrigir as falhas do mercado.

A atividade regulatória do Estado tem inúmeras outras finalidades, que não apenas a promoção de valores econômicos, até mesmo porque a ordem econômica, ainda que funcionando de maneira adequada, não tem a capacidade de promover adequadamente valores sociais.

Segundo Marçal JUSTEN FILHO, a “(...) tais questões já eram sensíveis mesmo os enfoques mais tradicionais, que reputavam cabível a intervenção estatal orientada a assegurar a redistribuição de rendas e a produzir consumo obrigatório de certos serviços (educação, por exemplo)”⁵⁸⁶.

Portando, há a necessidade de se proteger e promover, através do exercício da atividade regulatória do Estado, outros direitos, tais como os relacionados a saúde⁵⁸⁷, integração e bem-estar social⁵⁸⁸ e meio ambiente.

6.4.

A perspectiva de desregulação, auto-regulação e re-regulação

Inicialmente, a adoção de medidas regulatórias surge da necessidade de corrigir as falhas do mercado, estimular a competição, proteger a concorrência e para harmonizar fatores econômicos e sociais. É um longo caminho até que se possa considerar que as relações sócio-econômicas estejam adequadas e equilibradas, ainda que somente em determinados setores.

⁵⁸⁵ Cf. artigo 170 da Constituição da República.

⁵⁸⁶ *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 38.

⁵⁸⁷ V.g. saneamento básico, alimentação, vigilância sanitária, etc.

⁵⁸⁸ V.g. educação, lazer, esportes, etc.

A partir do momento que o equilíbrio começa a surgir e operar seus efeitos benéficos, existe a tendência de gradualmente o Estado reduzir sua atividade regulatória por meio da desregulação⁵⁸⁹, o que por vezes representa certo estímulo ao setor (des)regulado.

Embora no aspecto semântico *desregular* possa significar o contrário de *regular*, a desregulação não representa, necessariamente, a ausência de normas⁵⁹⁰.

A desregulação deve ser entendida como uma forma de regulação, adotada em setores em que esta perspectiva seja a melhor para alcançar os objetivos desejados.

Sobre a desregulação Alexandre Santos de ARAGÃO ensina que:

“Mesmo que hoje não mais se propugne a desregulação como um paradigma a ser adotado de maneira universal, reconhece-se que em alguns setores pode vir a ser benéfica. Em outras palavras, o Estado, em alguns setores e nos momentos em que isto for possível, deve deixar espaços de sua esfera normativa ao livre desenvolvimento do chamado *ius mercatorium*, desenvolvido pelas empresas em suas relações negociais.”⁵⁹¹

Através da desregulação, o Estado diminui sua interferência sobre determinadas atividades, as quais já não mais estão a exigir atuação estatal específica. Isto porque os agentes privados produzem e acatam normas próprias das atividades que desenvolvem, que são tidas como legítimas por representar a vontade dos quem compõem determinado segmento da sociedade⁵⁹².

É que a evolução das relações sócio-econômica é acelerada face à produção jurídica de monopólio estatal, que se torna arcaica e acaba sendo substituída por práticas usuais adotadas na esfera privada⁵⁹³, sem, contudo, afastar a autoridade do Estado, mas dispensando a necessidade de que sejam estabelecidos marcos normativos positivados para determinadas atividades privadas.

⁵⁸⁹ VILLEA SOUTO, Marcio Juruena. *Direito Administrativo Regulatório*, p. 3.

⁵⁹⁰ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido: Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado*, p. 265.

⁵⁹¹ *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, p. 32.

⁵⁹² V.g. *lex mercatoria*.

⁵⁹³ “Os instrumentos estatais de mediação, e fundamentalmente a jurisdição, que exige *tempo e formas* – condição das garantias – para conhecer e decidir, resultam inoperantes e obsoletos para os grandes agentes econômicos atuais, os quais recorrem a instâncias de mediação privadas” (cf. Juan Ramón CAPELLA, op. cit., p. 266).

Não significa que o setor não sofrerá mais regulação. Isto porque, caso constatada a necessidade de atuação pública, o Estado pode voltar a interferir para corrigir eventuais discrepâncias ou outros motivos que assim o justifiquem, tomando as providências cabíveis.

A desregulação parte da perspectiva de que algumas atividades devem ter maior liberdade para seu exercício, sem causar prejuízos aos agentes que participarem do processo ou dos que sofrem os efeitos de determinado setor. O Estado propositadamente deixa de interferir quando não há mais justificativa para tanto.

Nos casos em que o modelo é caracterizado por medidas de cunho intervencionista, a desregulação significa a redução de entraves burocráticos e estímulo do exercício de liberdades que até então não eram plenas, passando o Estado a intervir somente quando necessário para o interesse público⁵⁹⁴.

Por ser a regulação uma atuação que por vezes é pontual, destinada a incidir apenas sobre determinados setores que no momento exigem atenção especial do Estado, que não regula tudo e a todo tempo, abre-se espaço para a desregulação como uma derivação da própria atividade regulatória.

A propósito, vale aqui fazer um esclarecimento com referência ao direito norte-americano. Nos Estados Unidos, o vocábulo *regulation* é o que no ordenamento jurídico pátrio equivale à *regulamentação*, ao passo que *desregulation* coincide com o que no Brasil se entende por *regulação*⁵⁹⁵.

Se regular significa estabelecer regras, desregular é a redução gradual do regramento estatal sobre as atividades privadas⁵⁹⁶. Mas a desregulação também pode ser vista como a substituição de normas meramente limitadoras de determinadas atividades, pela adoção de medidas baseadas no modelo regulador⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴ Neste sentido, Carolina Gabas STUCHI cita os autores argentinos Juan Carlos CASSAGNE, José Roberto DROMI e Agustín GORDILLO, para os quais a desregulação está inserida no contexto das privatizações (*Regulação e desregulação diante dos princípios da administração pública*, p. 119/120).

⁵⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 93.

⁵⁹⁶ CARVALHO, Vinícius Marques de. *Desregulação e reforma do Estado no Brasil: impacto sobre a prestação de serviços públicos*, p. 167.

⁵⁹⁷ MOTA, Carolina Theodoro da Silva. *Regulação e desregulação: uma discussão sobre o equilíbrio entre mercado e coletividade*, p. 193.

Contudo, qualquer que seja o significado de desregulação, sendo somente a diminuição de barreiras ou a eliminação total ou parcial de regras, há que se considerar que em alguns setores não se pode admitir a completa ausência do Estado⁵⁹⁸.

Isto porque a presença do Estado ainda é essencial, pois é remota a possibilidade de se alcançar o equilíbrio total na sociedade e no mercado, considerando todas as falhas econômicas e mazelas sociais. A abstenção absoluta do Estado ainda é uma imagem difícil de ser visualizada, considerando que ainda existem situações em que a atuação estatal é essencial para prevenir conflitos e solucionar demandas⁵⁹⁹.

Mas havendo a possibilidade de verificar-se que em alguns setores existem indícios de que o equilíbrio nas relações já começa a apresentar resultados positivos, abre-se espaço para um ambiente em que a presença do Estado é menor ou até mesmo dispensável.

Não significa que a presença do Estado estaria afastada de determinada atividade, num cenário de abstenção estatal absoluta. São alguns aspectos das atividades privadas que não necessitam de regulação estatal por estarem sendo exercidos de modo harmônico, sendo que eventuais conflitos são adequadamente resolvidos na esfera particular.

É o que se denomina de auto-regulação ou regulação privada⁶⁰⁰, que decorre até mesmo do princípio da subsidiariedade. É um espaço em que a autonomia da vontade está apta a promover valores sem a necessidade da tutela do Estado⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ V.g. energia e aviação civil.

⁵⁹⁹ “Portanto, a conclusão é que cada setor deve sujeitar-se a intervenção estatal em níveis correspondentes às peculiaridades apresentadas. Dito de outro modo, não é admissível advogar em termos absolutos políticas desregulatórias para todos os setores” (cf. Marçal JUSTEN FILHO, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 44).

⁶⁰⁰ “Regulação Privada é um conjunto de medidas de normalização, qualificação, monitoramento, aconselhamento, arbitragem, através das quais uma entidade privada, com ou sem fins lucrativos, influencia e/ou controla, de forma não coercitiva, o comportamento de agentes econômicos, tendo em vista a obtenção de valores definidos” (cf. Diogo Selhane PÉREZ, *Auto-regulação: aspectos gerais*, p. 622).

⁶⁰¹ Um exemplo é o Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária – CONAR. Sobre a missão do CONAR, veja-se o seguinte: “Impedir que a publicidade enganosa ou abusiva cause constrangimento ao consumidor ou a empresas. Constituído por publicitários e profissionais de outras áreas, o Conar é uma organização não-governamental que visa promover a liberdade de expressão publicitária e defender as prerrogativas constitucionais da propaganda comercial. Sua missão inclui principalmente o atendimento a denúncias de consumidores, autoridades, associados

Na verdade, pode-se considerar que a auto-regulação é a regra geral, permitindo que os agentes privados possam exercer sua autonomia de vontade, estabelecendo critérios de autodeterminação de suas atividades. Quando não for possível a auto-regulação, seja pela natureza da atividade ou de seu objeto, haverá a necessidade de regulação estatal⁶⁰².

Ocorreu também um movimento de re-regulação⁶⁰³, em que não houve a tendência de desregulação, mas a substituição por uma regulação mais adequada a realidade atual.

Isto decorre da possibilidade da regulação apresentar defeitos ou até mesmo da verificação de incidência regulatória em excesso sobre determinado setor, produzindo efeitos negativos.

Significa suprimir a regulação deficiente ou ineficiente por uma nova regulação mais apropriada para promover seus objetivos e atingir suas finalidades.

6.5. Nota sobre a regulação urbana

Instituído pela Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, o Estatuto da Cidade regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição da República, estabelecendo diretrizes gerais para a execução da política urbana no Brasil.

O Estatuto da Cidade cria “*normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental*”⁶⁰⁴.

ou formuladas pelos integrantes da própria diretoria. As denúncias são julgadas pelo Conselho de Ética, com total e plena garantia de direito de defesa aos responsáveis pelo anúncio. Quando comprovada a procedência de uma denúncia, é sua responsabilidade recomendar alteração ou suspender a veiculação do anúncio. O Conar não exerce censura prévia sobre peças publicitárias, já que se ocupa somente do que está sendo ou foi veiculado. Mantido pela contribuição das principais entidades da publicidade brasileira e seus filiados - anunciantes, agências e veículos -, tem sede na cidade de São Paulo e atua em todo o País. Foi fundado em 1980”.

⁶⁰² MOREIRA, Vital. *A auto-regulação profissional*, p. 97.

⁶⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 45.

⁶⁰⁴ Artigo 1º da Lei nº 10.257/2001.

Através da implementação de políticas urbanas⁶⁰⁵ voltadas para o desenvolvimento das funções sociais das cidades e das propriedades urbanas, o Estatuto da Cidade prevê, dentre outros instrumentos, planos de desenvolvimento econômico e social, para regiões metropolitanas aglomerações urbanas e microrregiões⁶⁰⁶.

Segundo Marçal JUSTEN FILHO, a “(...) *regulação urbana se caracteriza, inclusive, por uma concepção de gestão democrática da cidade, o que reflete a tendência à superação dos modelos autoritários do passado*”⁶⁰⁷.

Tanto é assim, que o artigo 43 do Estatuto da Cidade estabelece meios de gestão democrática das cidades⁶⁰⁸, com órgãos colegiados, debates, audiências e consultas públicas, conferências sobre assuntos de interesse urbano e a possibilidade de iniciativa popular de projetos de lei e de planos que tratem de programas e projetos de desenvolvimento urbano.

Ainda, o artigo 45 do Estatuto da Cidade, estabelece que os “*organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania*”.

⁶⁰⁵ Segundo Hubert CHARLES (*Les Principes de l'Urbanisme*, p. 1), urbanismo significa “(...) o conjunto de medidas políticas, administrativas, financeiras, econômicas e sociais ou técnicas, destinadas a assegurar o crescimento harmonioso da cidade” (apud USLENGHI, Alejandro Juan. *Planificación Urbana y Responsabilidad Estatal*, p. 503).

⁶⁰⁶ Estes planos podem ser nacionais, regionais, estaduais e municipais (cf. artigo 4º, incisos I, II e III da Lei nº 10.257/2001).

⁶⁰⁷ *Curso de Direito Administrativo*, p. 476.

⁶⁰⁸ Tal como a gestão orçamentária participativa do artigo 44 da Lei nº 10.257/2001.

7. AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras são autarquias em regime especial criadas por lei, dotadas de autonomia e independência em relação à administração central, possuindo patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito público interno⁶⁰⁹.

Tais entidades exercem suas funções sobre determinados setores da atividade econômica ou sobre serviços públicos prestados em regime de concessão⁶¹⁰.

Portanto, as agências reguladoras integram a administração indireta, não tendo subordinação hierárquica a outros órgãos estatais, exercendo funções específicas e atribuídas por lei.

A natureza de autarquia em regime especial, confere às agências reguladoras privilégios especiais outorgados por lei para o cumprimento de suas atribuições⁶¹¹.

⁶⁰⁹ “Dentre as formas da Administração Indireta, a única cabível para a regulação é a autárquica, já que, por intervir nas liberdades privadas – exercício do poder de império – deve se revestir da forma de direito Público – que lida com relações de subordinação (ao contrário do direito privado, que lida com relações de coordenação). A exigência da personalidade de direito público exclui a descentralização para empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações (cf. Marcos Juruena VILLELA SOUTO, *Direito Administrativo em Debate*, p. 210).

⁶¹⁰ “É uma autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação de setor específico, inclusive como poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta” (cf. Marçal JUSTEN FILHO, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 344).

⁶¹¹ COSTA COELHO, Paulo Magalhães da. *Manual de Direito Administrativo*, p. 91.

7.1. Origem das agências reguladoras

O surgimento das agências reguladoras decorre do surgimento do modelo de Estado Regulador e do próprio Direito Regulatório⁶¹². O direito norte-americano é inspirador do modelo regulador e, de conseqüência, das entidades reguladoras, que serviram de parâmetro para as agências brasileiras.

As primeiras estruturas administrativas que podem ser consideradas como agências reguladoras, surgem no final do século XIX nos Estados Unidos, devido à transformação sofrida pelo Estado norte-americano por força do *new deal*, que tinha como objetivo eliminar a crise que assolava o país por conta da *depressão econômica* ocorrida na década de 30.

A partir deste momento, a política econômica estadunidense opta por um perfil intervencionista, que foi materializado através da criação das agências. A primeira agência norte-americana foi a *Interstate Commerce Comission – ICC*, criada em 1887.

Após anos de evolução e transformações, com a criação, inclusive, de outras agências, a partir da metade da década de 80, o modelo norte-americano começa a se consolidar no que atualmente se verifica nos Estados Unidos, onde cada agência possui um regime de atuação, variando em termos de autonomia e independência⁶¹³.

Mesmo adotando o modelo de entidades reguladoras independentes, baseado nas estruturas norte-americanas, as agências brasileiras guardam algumas diferenças em relação às estruturas criadas nos Estados Unidos⁶¹⁴.

As agências executivas, conhecidas nos Estados Unidos como sendo *executive agencies*, no Brasil são autarquias ou fundações públicas que tem

⁶¹² Ver item 4.1. do Capítulo 4.

⁶¹³ Esta variação ocorreu muito em função das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, que após a década de 70, restringiu cada vez mais o controle jurisdicional sobre os atos das agências reguladoras.

⁶¹⁴ “O que torna importante observar é que o sistema de agências que vem sendo adotado no Brasil é baseado no sistema norte-americano originário, ou seja, o adotado antes das transformações ocorridas naquele país, tendo ainda como características a especialidade das áreas de atuação, a neutralidade das agências com relação a assuntos partidários e a discricionariedade técnica (...)” (cf. Arianne Brito Rodrigues Cal, *As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro*, p. 140).

autonomia de gestão maior em relação às autarquias e fundações públicas comuns⁶¹⁵, com a função de exercer determinadas funções de maneira separada, embora vinculadas à administração central.

Já as agências reguladoras, que nos Estados Unidos são denominadas de *independent regulatory commissions*, são entidades autárquicas, mas que gozem de autonomia e independência em relação à administração central.

Nos Estados Unidos, a distinção entre as *executive agencies* e as *independent regulatory commissions* se verifica em relação a sua vinculação como chefe do Poder Executivo.

As *executive agencies* são totalmente controladas pelo Presidente, que lhe dita as políticas a serem adotadas, podendo, ainda, exonerar seus dirigentes a qualquer momento.

Isto não ocorre com as *independent regulatory commissions*, que exercem suas funções decorrentes da lei de maneira independente, tendo seus dirigentes estabilidade de mandato.

As agências reguladoras são resultado do processo que conduziu a redução das dimensões do Estado⁶¹⁶ quanto ao exercício direto de atividades econômicas e em relação à delegação da prestação de serviços públicos⁶¹⁷. Ocorre que o Estado ainda mantém a função de agente regulador da economia e de zelar pela qualidade na prestação de serviços públicos.

⁶¹⁵ Que nos Estados Unidos são as *administrative agencies*.

⁶¹⁶ O Estado torna-se subsidiário, mantendo suas funções indelegáveis e voltando sua atuação para áreas essenciais ao bem comum, exercendo suas atividades de maneira supletiva (cf. Regina Bernardes ROCHA, *Órgãos reguladores no Brasil*, p. 237).

⁶¹⁷ Na Itália ocorreu processo semelhante no início da década de 90, que iniciou com a privatização de mais de cem bancos estatais e dezesseis entidades de previdência pública. Após, foram criados diversos órgãos de regulação e controle, como a Autoridade para a Informática, a Agência para a Representação dos Negócios da Administração Pública – ARAN, a Agência para o Ambiente e as autoridades para os serviços de utilidade pública nos setores de energia elétrica, gás e telecomunicações. Aliás, o artigo 1º, inciso 2º, letra n, da Lei 537/93 outorgou “a atribuição aos organismos independentes das funções de regulação dos serviços de relevante interesse público, também mediante a transferência aos mesmos de funções atualmente exercidas por ministérios e outros entes; assim como de resolução de conflitos entre sujeito prestador do serviço e o usuário, salvo o recurso à autoridade judicial” (cf. Sabino CASSESE, *Las nuevas tendencias del Derecho Administrativo*, p. 189). Aliás, no Direito Italiano as agências são definidas como *autarquias econômicas*, para regular a produção e o comércio, diferentemente de outras entidades autárquicas com finalidades distintas (cf. Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *Reforma do Estado: O Papel das Agências Reguladoras e Fiscalizadoras*, p. 136).

Por isso é que se justifica a criação das agências reguladoras, dotadas de poderes para fiscalizar e controlar atividades de interesse coletivo e para garantir a eficiência dos serviços públicos prestados em regime de concessão, e até mesmo para reprimir abusos e resolver conflitos nestas áreas⁶¹⁸.

As agências reguladoras surgem neste contexto de reforma do Estado, que não mais assume a exploração de dadas atividades econômicas, nem a execução direta de serviços públicos, mas passa a planejar, orientar, coordenar, regular e fiscalizar determinados estes setores^{619 e 620}.

7.2. As agências reguladoras no Brasil

Embora a criação das agências reguladoras no Brasil seja uma tendência recente, motivada principalmente pelo Plano Nacional de Desestatização – PND⁶²¹, outros órgãos dotados de autonomia já haviam sido criados no país⁶²².

Mas as agências reguladoras não estão apenas ligadas ao processo de desestatização. Entidades reguladoras atingem vários setores que não só os privatizados, tanto que existem órgãos voltados para a defesa da concorrência e para fiscalizar o mercado de valores mobiliários. É a adoção do modelo regulador

⁶¹⁸ CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*, p. 64.

⁶¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Agências reguladoras. Constituição. Transformações do Estado e legitimidade democrática*, p. 282.

⁶²⁰ “(...) as agências de regulação constituem instrumentos de política econômica destinada a fazer com que os serviços públicos e as empresas estatais entregues à iniciativa privada não deixem de atender à sua função social, sem que se frustrem, claro, as expectativas de lucro do agente privado. Elas surgem, portanto, como instrumentos de materialização da função racionalizadora do processo econômico mesmo num contexto de minimização do Estado” (cf. Ricardo Antônio Lucas CAMARGO, *Agências de Regulação no Ordenamento Jurídico-Econômico Brasileiro*, p. 25).

⁶²¹ Lei nº 8.031/1990.

⁶²² “A criação de órgãos e entidades dotados de maior autonomia também é prática de longa data conhecida no Brasil; o Banco Central, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, a Comissão de Valores Mobiliários, no âmbito do ordenamento econômico, as Universidades, no âmbito do ordenamento social, bem como o Ministério Público, as Procuradorias dos Estados e os Tribunais de Contas, no âmbito do controle sempre foram dotados de uma maior autonomia. Em razão disso, os primeiros receberam a titulação de autarquias especiais, enquanto que os últimos permaneceram despersonalizados” (cf. Marcos Juruena VILLELA SOUTO, *op. cit.*, p. 197/198).

que enseja o surgimento de autoridades administrativas independentes com competência regulatória⁶²³.

As agências reguladoras surgem no Brasil praticamente pelos mesmos motivos que ensejaram a mudança em nível global da atuação do Estado na ordem econômica e social, ou seja, estas entidades seriam, ao menos em tese, as estruturas administrativas mais adequadas para acompanhar e atender as necessidades decorrentes da dinâmica de evolução do mercado e da sociedade^{624 e 625}.

Marçal JUSTEN FILHO entende que a criação das entidades reguladoras se deu por uma opção *técnica*, sendo que a “(...) *introdução das agências também permite novas soluções para promover a implementação do interesse público, em face das dificuldades enfrentadas na dinâmica dos poderes clássicos*”⁶²⁶.

Mas o mesmo autor ressalva que o surgimento das agências reguladoras não significa a criação de uma nova função estatal, pois as competências desempenhadas por estas entidades já existiam, embora fossem desempenhadas de modo distinto⁶²⁷.

A opção pela criação das agências reguladoras tem como finalidade garantir a continuidade das políticas públicas instituídas e adotadas para o setor regulado, que podem ser interrompidas pelo processo eleitoral, ainda que possam surgir problemas decorrentes do risco regulatório⁶²⁸.

⁶²³ Sobre autonomia, independência e competência regulatória, ver os itens 5.2.1. e 5.6. do Capítulo 5.

⁶²⁴ Márcio Iorio ARANHA bem assevera que “(...) *a regulação apresenta-se como o gerenciamento normativo da realidade; como o mecanismo jurídico próprio a lidar com o dinamismo dos setores da economia*”, sendo que a novidade das agências reguladoras seria, não em função de sua autonomia, mas como estruturas próprias criadas para lidar com esta nova realidade (*Agências: sua introdução no Modelo Jurídico-Administrativo Brasileiro*, p. 169).

⁶²⁵ Na Espanha, desde 1958, existe a Lei de Entidades Estatais Autônomas, que são entes descentralizados, definidos como entidades de direito público criadas por lei, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, independentes do Estado. Mas esta independência não é plena, pois tais entidades não pressupõem desvinculação política, sendo que a maioria dos órgãos foram criados em regime de dependência do governo, que tem o poder discricionário de nomear e destituir os dirigentes. Somente a partir da Constituição espanhola de 1978 é que começaram a surgir alguns órgãos dotados de maior autonomia (cf. VÁZQUEZ, J. Ramón Parada, *Administraciones Independientes y Estado Regulador*, p. 140/141).

⁶²⁶ *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 358.

⁶²⁷ *Idem*.

⁶²⁸ Ver item 5.2.1.1. do Capítulo 5.

7.2.1. Natureza jurídica

As agências reguladoras brasileiras, como já afirmado anteriormente, nada mais são que autarquias instituídas em regime especial, sendo pessoas jurídicas de direito público interno.

Este *regime especial* é que atribui uma forma diferente às agências reguladoras. É uma qualificação atribuída por lei, que confere às agências reguladoras características específicas que não ocorrem nas autarquias comuns⁶²⁹, que se verifica pela “*independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira*”⁶³⁰.

Portanto, embora as agências reguladoras sejam autarquias como outras já existentes na estrutura administrativa brasileira, não introduzindo novidades em relação à sua natureza jurídica, tais entidades apresentam peculiaridades que lhes são próprias quanto à sua atuação.

Neste aspecto é que as agências reguladoras são inovadoras, vez que desempenham suas atribuições com maior liberdade em relação às demais autarquias, estando desvinculadas de ingerências político-partidárias⁶³¹, possuindo ainda características peculiares que são próprias da sua função.

7.2.2. Funções

As agências reguladoras tem a função de fiscalizar, controlar e disciplinar certas atividades econômicas e determinados serviços públicos. As agências

⁶²⁹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agências Reguladoras: A “Metamorfose” do Estado e da Democracia (Um Reflexão de Direito Constitucional e Comparado)*, p. 27.

⁶³⁰ § 2º, do artigo 8º da Lei nº 9.472/1997.

⁶³¹ MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão*, p. 123.

reguladoras têm competência para, no exercício de suas funções, estabelecer normas sobre o desenvolvimento dos setores regulados, podendo, ainda, limitar o exercício das atividades correspondentes, aplicar sanções e dirimir conflitos.

Quanto aos serviços públicos concedidos, as agências reguladoras que atuam sobre este setor, têm, ainda, a função de disciplinar e fiscalizar os reajustes tarifários, exigir que os serviços sejam universalizados para atender a coletividade como um todo, garantir a concorrência nos serviços em que não haja monopólio natural, fiscalizar o fiel cumprimento do contrato de concessão e, ainda, resolver conflitos entre usuários, poder concedente, concessionários e demais envolvidos⁶³².

Entretanto, a atuação de cada agência reguladora pode variar de acordo com o setor regulado e das competências atribuídas por lei. Tanto que não há como definir todas as agências reguladoras em torno de um conceito homogêneo, embora tenham a mesma natureza jurídica.

Suas funções acabam sendo específicas para a modalidade da atividade que será regulada, de modo que não há, neste aspecto, um núcleo comum de atribuições entre as diversas agências reguladoras.

Dentre as diversas funções das agências reguladoras, o desempenho de competências normativas é uma questão que tem levantado polêmicas, face o seu confronto com o princípio da legalidade⁶³³.

Não obstante a discussão que envolve o tema, a competência normativa deve observar o aspecto técnico⁶³⁴, tendo em vista que esse critério serve para pautar a atuação das agências reguladoras para o efeito de produzir resultados eficientes e compatíveis com o interesse público e para justificar o exercício de poder normativo⁶³⁵.

⁶³² BARROS, Luís Roberto. *Apontamentos sobre as agências reguladoras*, p. 120.

⁶³³ Sobre atividade regulatória e legalidade ver o item 5.4.2. do Capítulo 5.

⁶³⁴ FIGUEIREDO, Lúcio Valle. *Intervenção do Estado no Domínio Econômico e Bases Considerações sobre as Agências Reguladoras*, p. 267.

⁶³⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; ALBUQUERQUE MARANHÃO, Juliano Souza de. *Separação Estrutural entre Serviços de Telefonia e Limites ao Poder das Agências para Alteração de Contratos de Concessão*, p. 227.

7.2.3. Atuação técnica

As agências reguladoras possuem características próprias que as distinguem da demais estruturas administrativas que possuem a mesma natureza autárquica, mas que vão além da autonomia e independência⁶³⁶.

É que as agências reguladoras são órgãos técnicos, pois devido às suas atribuições, exercem suas competências sobre atividades altamente especializadas, demandando conhecimentos específicos da área objeto de regulação⁶³⁷.

Assim, existe a necessidade de que as agências tenham a capacidade de acompanhar as constantes inovações tecnológicas decorrentes do desenvolvimento da sociedade e das atividades econômicas, de modo a adotar as medidas compatíveis com as necessidades do setor regulado.

A criação das agências reguladoras tem, dentre outras, a finalidade de retirar do âmbito da administração direta, as competências de cunho técnico⁶³⁸, tanto que a lei impõe que seus dirigentes tenham a necessária formação e conhecimento específicos para exercer o cargo.

Isto significa que esta atuação técnica das agências reguladoras não deve ser influenciada por critérios políticos, uma vez que a opção do agente regulador deve se basear em aspectos científicos, que irão determinar a melhor, e até mesmo em algumas situações, a única escolha possível⁶³⁹.

Entretanto, o que se discute é se esta denominada *discricionariedade técnica* está inserida no âmbito da oportunidade e conveniência do agente regulador, de modo, inclusive, a afastar o controle jurisdicional.

⁶³⁶ A autonomia e independência, aliás, podem variar de acordo com as características atribuídas pela lei à agência reguladora, considerando o setor regulado e outros aspectos.

⁶³⁷ “A agência é um organismo técnico, não político, que recebe competência para dispor sobre determinados assuntos e executar a fiscalização com autonomia. Daí sua especialidade (e sua novidade) no direito brasileiro” (cf. Leila CUÉLLAR, op. cit., p. 65).

⁶³⁸ GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade na Regulação por Entidades Estatais Independentes*, p. 212.

⁶³⁹ BASSI, Franco. *Noite sulla discrezionalità amministrativa*, p. 54, apud MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*, p. 169.

Com efeito, aqui se verifica outra peculiaridade das agências reguladoras, que é a competência regulatória⁶⁴⁰. A competência regulatória é a atribuição legal que as agências reguladoras recebem para interferir sobre a ordem econômica ou serviço público, ocorrendo uma delegação legislativa de poder normativo para que os agentes reguladores possam exercer suas funções.

A delegação de poder normativo para as agências reguladoras limita-se, exatamente, pelo critério técnico, não sendo apenas aspecto diferenciador para com a discricionariedade administrativa tradicional, mas caracteriza-se como sendo o próprio fundamento de validade das normas reguladoras⁶⁴¹.

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO assim conclui:

“Em razão do exposto, o conteúdo válido das normas baixadas pelas agências reguladoras está integralmente definido na margem de escolha técnico-científica que a legislação delegante abriu à exclusiva discricção dos respectivos agentes técnicos.

Ultrapassar tais limites, ao acrescentar às normas reguladoras critérios político-administrativos onde não deveriam existir, caracteriza a *invasão de poderes* que são próprios à esfera das decisões do Poder Legislativo e propositadamente retirados dos agentes da burocracia administrativa direta.

Mas é preciso atenção: a discricionariedade técnica existe apenas quando a decisão que nela se fundar possa ser motivada também tecnicamente. Esta é, quiçá, a limitação mais importante, pois afasta, ao mesmo tempo, o *arbítrio*, o *erro*, a *impostura* e a *irrazoabilidade*, limite este que afasta decisões desnecessárias, inadequadas e desproporcionais.”⁶⁴²

Entretanto, a discricionariedade técnica não se presta para disfarçar ou ocultar outros critérios que eventualmente possam ser indevidamente inseridos na atividade regulatória do Estado. É que ainda que se possa considerar a atuação das agências como sendo predominantemente técnica, ainda assim pode haver o critério político⁶⁴³.

⁶⁴⁰ Sobre competência regulatória, ver também o item 5.6. do Capítulo 5.

⁶⁴¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*, loc. cit.

⁶⁴² Op. cit., p. 170.

⁶⁴³ “O conhecimento técnico poderá funcionar como instrumento de delimitação das alternativas disponíveis, mas dificilmente eliminará a pluralidade de alternativas. Haverá uma margem de escolhas, a qual proporcionará um juízo de conveniência e oportunidade por parte da autoridade

Não significa negar que a atuação das agências reguladoras esteja pautada no critério técnico. Mas que isto não enseja uma neutralidade absoluta da decisão técnica na atuação das agências reguladoras.

Portanto, mesmo que admitida a discricionariedade técnica das agências reguladoras, ainda assim esta atuação estará sujeita a controle como qualquer ato discricionário⁶⁴⁴.

7.2.4. Controle

Mesmo sendo entidades autônomas e independentes, as agências reguladoras não estão isentas de controle. O controle das agências reguladoras se equipara ao controle do próprio exercício da atividade regulatória do Estado⁶⁴⁵.

As agências reguladoras sofrem controle para que cumpram as políticas públicas definidas para o setor regulado de maneira eficiente, adequada e voltada para o interesse público, observando, ainda, os limites de suas competências e atribuições definidas por lei.

Nesta atuação, as agências reguladoras, contínua e constantemente, utilizam-se do poder normativo para, não apenas para integrar a norma legal, mas também para substituir normas anteriores, de modo a adequar a regulação às mudanças sócio-econômicas⁶⁴⁶.

encarregada de promover a aplicação da norma geral” (cf. Marçal JUSTEN FILHO, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 528).

⁶⁴⁴ “Sob este ângulo, a decisão da agência se assemelhará a qualquer ato administrativo discricionário, especialmente para os fins de controle. Será cabível fiscalizar a validade da decisão por meio dos instrumentos jurídicos tradicionais, tais com a teoria dos motivos determinantes, a concepção do desvio de finalidade e assim por diante. Mas será imperioso desenvolver novas formas de verificação da regularidade da decisão, sob o prisma regulatório propriamente dito. Como dito, não será possível que a agência invoque a natureza técnica da decisão para ocultar os aspectos discricionários propriamente ditos. Isso significa a necessidade de explicitação clara e precisa dos limites técnicos e das escolhas fundadas em conveniência. Para tanto, é imperioso apontar as conclusões produzidas pelo conhecimento técnico, inclusive mediante manifestações de autoridades inquestionáveis no setor cogitado. Mais ainda, é indispensável justificar a escolha entre diversas alternativas possíveis” (cf. Marçal JUSTEN FILHO, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 528/529).

⁶⁴⁵ Já que o Estado pode desempenhar sua função reguladora através de outros meios que não só pela atuação das agências.

⁶⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 584.

Este exercício de poder normativo é que conduz aos abusos, arbitrariedades, ilegalidades e inconstitucionalidades⁶⁴⁷, práticas que devem ser fiscalizadas e reprimidas pelos meios de controle⁶⁴⁸.

As formas de controle da atuação das agências são as mesmas aplicadas às demais autoridades administrativas, com algumas particularidades em relação ao exercício da atividade regulatória⁶⁴⁹. Mas cabe apontar algumas especificidades do controle das agências reguladoras.

As agências reguladoras, por exercerem a disciplina e fiscalização de maneira especializada sobre determinados setores, acabam por ampliar o controle social da atividade regulatória, até mesmo porque suas decisões são mais visíveis para a sociedade e causam mais repercussão, pois envolvem inúmeras providências, não estando diluídas em diversos órgãos espalhados por toda a estrutura administrativa do Estado⁶⁵⁰.

Talvez por esse motivo, é que a participação popular, como meio de controle social, possa ser mais efetiva, uma vez que a sociedade tem condições de acompanhar o processo regulatório e verificar se as finalidades para as quais a regulação foi concebida estão sendo atendidas satisfatoriamente.

Quanto ao controle do Poder Legislativo, deve ser criado um aparato de instrumentos adequados, para que o controle parlamentar das agências reguladoras seja exercido de maneira eficiente⁶⁵¹.

Em relação ao controle jurisdicional, não se admite que o Poder Judiciário possa substituir a atuação das agências reguladoras, mas pode avaliar se a decisão observou os limites jurídicos aplicáveis e se foi adequada à situação em análise, podendo invalidar o ato regulatório defeituoso.

⁶⁴⁷ “Organizar adequadamente as funções do Estado, a fim de evitar os riscos de ineficiência e abuso de poder, é uma questão comum a todos os regimes políticos” (cf. Fábio Konder COMPARATO, *Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno*, p. 670).

⁶⁴⁸ No dizer de Marcos Juruena VILLELA SOUTO, “(...) *todas essas preocupações com o tal ‘excesso de poder’ das agências reguladoras se resolveria, simplesmente, com um controle eficiente*” (op. cit., p. 211).

⁶⁴⁹ Cf. item 5.5. do Capítulo 5.

⁶⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 366.

⁶⁵¹ Segundo Marçal JUSTEN FILHO, isto tem o efeito de inibir a prática de atos abusivos: “A certeza da fiscalização gera um efeito de aperfeiçoamento no desempenho das atribuições funcionais, evitando a tentação de praticar atos indevidos na esperança da ausência da descoberta” (*O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 588).

Outra questão do controle pelo Poder Judiciário, refere-se ao fato de que os atos das agências reguladoras, invariavelmente, estão impregnados de critérios técnicos e especializados, muitas vezes desconhecidos dos magistrados.

Embora isto não afaste o controle jurisdicional, irá exigir mais atenção e cuidado por parte do julgador para compreender a questão, que poderá, inclusive, valer-se da opinião de um perito para apontar eventuais falhas para afastar o ato, sem, contudo, substituí-lo.

Já em relação ao controle exercido pelo próprio Poder Executivo, há que se destacar que inúmeras agências reguladoras ficam vinculadas a alguma estrutura administrativa já existente, tais como Ministérios, Secretarias e outros, que tem a função de *orientar, coordenar e supervisionar* os órgãos e entidades administrativas da sua área de competência⁶⁵².

Num modelo de regulação independente, em que há até mesmo a ausência de subordinação hierárquica das agências reguladoras, o controle pelo Poder Executivo deve se limitar a exigir o cumprimento das metas e diretrizes definidas para o setor regulado⁶⁵³.

Aos Tribunais de Contas e ao Ministério Público caberá o controle de gestão, tal como aquele para a atividade regulatória em si⁶⁵⁴.

7.2.5. Legitimidade democrática

O exercício do poder regulatório normativo pelas agências reguladoras é assunto que tem ensejado inúmeras discussões, em especial sobre a legitimidade democrática destas entidades, até mesmo em relação à nomeação dos dirigentes

⁶⁵² O artigo 87, inciso I da Constituição da República refere-se, especificamente, aos Ministérios.

⁶⁵³ Existem, ainda, entendimentos de que o controle do Poder Executivo sobre as agências reguladoras se limita apenas à escolha dos dirigentes (cf. Luís Roberto BARROSO, *Apontamentos sobre as Agências Reguladoras*, p. 126).

⁶⁵⁴ Cf. item 5.5. do Capítulo 5.

que irão exercer tal poder, problema este que se refere à questão da representatividade⁶⁵⁵.

Muito embora este seja um assunto que exige a verificação da própria concepção do Estado Democrático de Direito, há que se apontar que as agências reguladoras podem superar esta questão instituindo meios de representação e participação dos interessados no processo regulatório, sem que isto interfira na independência.

É um dilema a ser enfrentado, porque de um lado as agências reguladoras devem se manter afastadas de qualquer influência dos interessados no processo regulatório, mantendo suas características, e de outro lado devem atentar para as observações e informações oferecidas por aqueles que serão diretamente afetados por suas decisões.

Sobre este assunto, oportuno verificar a lição de Vital MOREIRA:

“As agências reguladoras independentes suscitam naturalmente problemas de “accountability” pública. Desde há muito que esse problema se deparou na pátria delas, os Estados Unidos. Mas o remédio para o déficit [*sic*] de legitimidade democrática e de prestação de contas das autoridades reguladoras independentes não é a sua governamentalização, sujeitando-se à superintendência ministerial, mas sim de mecanismos de “democracia procedimental” (transparência e participação pública dos interessados, regulados e consumidores) e sobretudo através de um estreitamento das relações entre as mesmas e as comissões parlamentares competentes.”⁶⁵⁶

Desta forma, as agências reguladoras devem oportunizar formas de comunicação com os que sofrerão os efeitos da atividade regulatória, abrir canais de diálogo, oportunizando e possibilitando efetiva participação e representação no processo em questão⁶⁵⁷ sem, repita-se, tolher a independência própria destas entidades.

⁶⁵⁵ Sobre este tema, ver também o item 5.2.1.1. do Capítulo 5.

⁶⁵⁶ *Agências Reguladoras Independentes em xeque no Brasil*, p. 229.

⁶⁵⁷ “Tendo em vista que o Estado Democrático de Direito pressupõe ampla participação popular no processo decisório, qualquer iniciativa que se proponha a efetivamente criar canais de representação aos usuários deve se comprometer com uma democratização da gestão pública que caminhe muito mais na direção de uma democracia participativa que propriamente de uma democracia representativa” (cf. Marcela Campos Gomes FERNANDES, *As Agências Reguladoras no Contexto do Estado Democrático de Direito*, p. 200).

Contudo, os meios de representação e participação não podem ser utilizados como instrumentos para legitimar de maneira absoluta a atividade regulatória, ou seja, para afastar os mecanismos de controle, sob o argumento de *todas as partes se manifestaram e foram ouvidas*.

A questão da legitimidade não pode ser analisada apenas no aspecto formal, ou seja, se as agências podem ou não exercer poder normativo através de seus representantes nomeados pelo chefe do Poder Executivo. Há que ser vislumbrado um aspecto material da legitimidade das agências reguladoras e da atividade regulatória como um todo.

A legitimidade das agências reguladoras pode ser conferida e verificada a partir do momento que as finalidades da atividade regulatória do Estado estão sendo atingidas, principalmente quanto ao atendimento das políticas públicas definidas para o setor regulado, que são voltadas para atender os interesses sócio-econômicos da coletividade.

Assim, a partir do momento que as atividades reguladas operem efeitos benéficos e que os serviços públicos estejam sendo prestados adequadamente e para quem os necessita, isto reduz o déficit democrático das agências reguladoras⁶⁵⁸, mas não elimina por completo o problema.

Ademais, a questão da legitimidade democrática não é genérica, pelo contrário, é pontual.

Primeiro porque a atuação das agências, assim como de toda a administração pública, deve ser transparente, para que dela toda a sociedade tenha conhecimento.

Segundo, porque não se pode admitir que as medidas de natureza regulatória sejam tomadas a portas fechadas e depois simplesmente impostas sem nenhuma justificativa. Não se quer admitir, entretanto, que a atividade regulatória seja discutida e debatida de maneira a inviabilizar o processo, mas isto também não quer dizer que seja uma *caixa preta*.

⁶⁵⁸ Por isso é que Calixto SALOMÃO FILHO afirma que “(...) *mais do que discutir a natureza jurídica dos órgãos [agências reguladoras] importa garantir sua capacidade de atingir os objetivos*” (*Regulação e Desenvolvimento*, p. 61).

Há que haver um equilíbrio para garantir a eficiência que os setores regulados exigem, sem que isto signifique num retrocesso no que já pode ser considerado um avanço: compatibilidade da regulação independente e das agências com a democracia.

Até mesmo porque a regulação independente representa uma diluição da concentração do poder, possibilitando o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle⁶⁵⁹.

7.3.

As agências reguladoras e a defesa dos usuários/consumidores

Inseridas no modelo regulador, as agências têm a função de ampliar a fiscalização estatal sobre algumas atividades econômica e sobre os serviços públicos prestados em regime de concessão.

A concepção do modelo regulador está voltada para a realização de valores fundamentais, econômicos ou não, pelo que não há como reduzir as agências reguladoras a meros instrumentos de eficiência do sistema. Mesmo assim, as agências têm caráter instrumental, vez que estão voltadas para proporcionar ao Estado meios capazes de atingir seus objetivos.

A regulação estatal por meio de agências é concebida a partir de políticas públicas para atender as necessidades essenciais da coletividade, com a adoção de medidas de incentivo para determinados comportamentos desejados e de medidas de repressão para as condutas que não estejam voltadas para a realização dos valores fundamentais.

Atualmente, o modelo regulador está consagrado⁶⁶⁰ como uma das formas de realização do interesse público, embora ainda existam algumas falhas. A regulação deixa de ser mero meio de interferência estatal sobre o domínio privado, pois o Estado passa a se preocupar com a maneira e com o modo que as atividades

⁶⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”?*, p. 301.

⁶⁶⁰ Embora o modelo ainda não esteja perfeitamente definido e acabado.

econômicas estão sendo desenvolvidas e se os serviços públicos estão sendo prestados satisfatoriamente.

Em especial no que tange aos serviços públicos, o que importa é se estão sendo prestados com qualidade e eficiência, se as tarifas estão adequadas e se estão sendo universalizados.

Isto envolve uma discussão sobre o papel das agências reguladoras na defesa dos usuários/consumidores e sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos prestados em regime de concessão.

O objetivo da ordem constitucional brasileira é a busca pela materialização do princípio da dignidade da pessoa humana em suas inúmeras variações, pois é o que norteia e fundamenta todas as relações.

A prestação de serviços públicos de maneira adequada e universal é uma das formas de oferecer condições dignas de vida, cabendo ao Estado esta função ou, quando não tiver tal capacidade, delegar para a iniciativa privada através dos procedimentos adequados, mas desde que exerça seu poder de fiscalizar e disciplinar tais atividades.

A primeira questão que surge, então, é sobre a diferenciação entre usuários de serviços públicos e consumidores. Todo usuário de serviço público é consumidor, mas nem todos consumidores é usuário de serviço público.

Assim, a agência reguladora responsável por disciplinar determinado serviço público, terá a função de zelar pelos direitos do consumidor, toda vez que este for usuário do serviço público regulado.

Até mesmo porque as agências reguladoras têm, dentre outras, a função de garantir a qualidade, a eficiência e a adequação das tarifas dos serviços públicos, o que corresponde a uma *defesa indireta* do consumidor enquanto usuário⁶⁶¹.

⁶⁶¹ A doutrina portuguesa apresenta algumas orientações em relação ao papel das entidades reguladoras na proteção dos consumidores. Manoel PORTO aponta a conjugação de esforços entre as entidades de regulação, de defesa da concorrência e de defesa dos consumidores (*Serviços Públicos e Regulação em Portugal*, p. 184/185). Por sua vez, Cláudia Dias SOARES destaca as medidas de proteção ao consumidor quanto às tarifas dos serviços públicos, como a não tributação do consumo de energia elétrica, “(...) por temer o impacto que o aumento do preço da energia pode ter sobre a competitividade da energeticamente ineficiente indústria nacional quer sobre a qualidade de vida dos cidadãos, encontrando-se já entre os países membros da União Européia onde o consumidor privado mais paga pela eletricidade, tendo em conta o poder de compra das

A outra questão é sobre a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos prestados em regime de concessão.

A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995⁶⁶², prevê a aplicação da Lei nº 8.078, de 1 de setembro de 1990⁶⁶³ à prestação de serviços públicos. Além disso, o próprio Código de Defesa do Consumidor prevê, por diversas vezes, a proteção dos consumidores quando usuários de serviços públicos. Aliás, segundo o *caput* do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor⁶⁶⁴, os concessionários de serviços públicos, como fornecedores que são pela definição do seu artigo 3º, são responsáveis pelos vícios dos serviços prestados.

Os usuários/consumidores têm direito à prestação de serviços públicos eficazes, contínuos, mediante tarifas adequadas e uniformes^{665 e 666}. Além disso, o Código de Defesa do Consumidor assegura que os consumidores, enquanto usuários de serviços públicos, tenham acesso aos órgãos administrativos para a prevenção e reparação dos seus direitos⁶⁶⁷.

Considerando que as agências são estruturas administrativas voltadas para fiscalizar o adequado exercício de algumas atividades econômicas e de determinados serviços público concedidos, devem definir meios de proteção dos consumidores quando forem usuários.

No Brasil, a concessão dos serviços públicos ocorreu sem que as agências reguladoras fossem previamente concebidas para fiscalizar a oferta dos serviços com qualidade e eficiência. Isto pode resultar em prejuízos para os usuários/consumidores, que não puderam acompanhar de que maneira os serviços públicos foram concedidos, sofrendo as conseqüências da ineficácia da atuação das agências reguladoras, principalmente no setor energético e de

famílias” (A *Liberalização da Eletricidade e as Energias Renováveis na União Européia e em Portugal*, p. 122).

⁶⁶² *Caput* do artigo 7º. Referida lei dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

⁶⁶³ Código de Defesa do Consumidor.

⁶⁶⁴ Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

⁶⁶⁵ Artigo 6º, inciso X do Código de Defesa do Consumidor.

⁶⁶⁶ MUKAI, Toshio. *Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, p. 17.

⁶⁶⁷ Artigo 6º, inciso VII do Código de Defesa do Consumidor.

telecomunicações⁶⁶⁸, embora atualmente algumas modificações positivas estejam sendo verificadas, em especial no controle da qualidade dos serviços e na adequação no reajuste das tarifas.

Embora as agências reguladoras já tenham um período razoável de funcionamento, ainda são percebidas falhas organizacionais e estruturais, que muitas vezes são os motivos da ineficiência no atendimento aos usuários/consumidores, que ficam sujeitos às tarifas abusivas impostas pelos concessionários⁶⁶⁹.

As agências reguladoras ainda não oferecem mecanismos eficientes para que os usuários/consumidores possam defender seus direitos. Isto poderia ocorrer se houvesse a descentralização das agências reguladoras, para aproximar o órgão da sociedade, além de incentivar e até mesmo obrigar os concessionários de serviços públicos a criarem conselhos de consumidores⁶⁷⁰ para contribuir com a fiscalização⁶⁷¹, experiência que já é verificada, ainda que timidamente, no direito comparado⁶⁷².

Portanto, a atuação das agências reguladoras na proteção e defesa dos consumidores divide opiniões e levanta discussões. Isto porque o modelo de agências reguladoras concebido no Brasil serve para a regulação de determinadas atividades econômicas e de alguns serviços públicos prestados em regime de concessão.

Assim, existem entendimentos de que atuação das agências limita-se ao âmbito destas atividades, através da edição de normas para regular as relações

⁶⁶⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Privatização avança com problemas para o consumidor*.

⁶⁶⁹ Caso dos serviços prestado em regime de monopólio natural.

⁶⁷⁰ Ver nota 74 deste Capítulo.

⁶⁷¹ CASTRO, Nivalde J.; BUENO, Daniel. *As Agências Reguladoras no Brasil: Propostas para novo modelo*.

⁶⁷² André de LAUBADERE aponta como exemplo, o Instituto Nacional do Consumo, criado pela lei de finanças de 1966, órgão subordinado ao Ministro da Economia. Seu conselho é composto, além de outros membros, por doze representantes dos consumidores. Possui, dentre outras atividades, a função de proteção dos consumidores por meios de estudos jurídicos, formulando, ainda, respostas às consultas individuais e coletivas. Na França, existem, ainda, os Conselhos de Eletricidade e Gás, em que os consumidores têm representação direta, na forma de decretos editados em 17 de dezembro de 1953 (*Direito Público Económico*, p. 133/134).

entre os envolvidos no setor, como poder concedente, concessionários e usuários⁶⁷³.

A controvérsia parte, também, do conflito ou exclusão de regimes jurídicos, pois se entende que o regime jurídico de direito público aplicado às concessões excluiria a proteção do Código de Defesa do Consumidor aos usuários de serviços públicos concedidos, por não se enquadrarem no conceito de consumidor. Apenas os serviços prestados fora do regime de direito público é que os consumidores poderiam invocar a tutela do Código de Defesa do Consumidor.

Analisando o texto constitucional, verifica-se que o Estado deve atuar para promover desenvolvimento econômico e social, através da promoção da dignidade da pessoa humana, que pode ser alcançada através da prestação de serviços públicos.

Atualmente, grande parte dos serviços públicos são prestados em regime de concessão e de forma especializada, razão pela qual foram criadas agências reguladoras para cada setor.

As agências, ao atuarem para garantir a eficiência do sistema, devem, de conseqüência, proteger os usuários/consumidores⁶⁷⁴, oferecendo meios capazes para isto⁶⁷⁵, além de reprimir práticas abusivas.

A eficiência do sistema regulado pelas agências nada mais é que garantir aos usuários/consumidores a prestação do serviço de forma adequada, protegendo-os contra abusos dos concessionários e da própria inoperância das agências, que devem ser independentes e agir para promover valores fundamentais⁶⁷⁶.

As agências reguladoras estão inseridas em um amplo sistema jurídico de proteção e defesa dos cidadãos de forma geral, o que não significa regimes

⁶⁷³ “A agência não é um órgão de defesa do consumidor, mas uma entidade que busca o equilíbrio ente os interesses nos setores regulados (mercado específico), devendo ficar equidistante de consumidores, fornecedores e do Poder Público” (cf. Marco Juruena VILLELA SOUTO, *Direito Administrativo Regulatório*, p. 403).

⁶⁷⁴ João Bosco LEOPOLDINO DA FONSECA, sobre os poderes das agências reguladoras afirma que: “Relativamente ao *objeto* que deve constituir sua finalidade, deve-se dizer que têm elas por finalidade a ‘regulação de setores sensíveis’ e ao mesmo tempo a ‘proteção dos administrados’, ou, na linguagem adotada pelo legislador brasileiro, a proteção do consumidor” (*Direito Econômico*, p. 261).

⁶⁷⁵ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *A Proteção dos Usuários de Serviços Públicos – A Perspectiva do Direito do Consumidor*, p. 250/251.

⁶⁷⁶ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, op. cit., p. 271.

estanques aplicados somente às relações de natureza específica, o que conduz ao diálogo das fontes, com a harmonização de conceitos e normas⁶⁷⁷.

Ainda que seja uma novidade decorrente da concessão dos serviços públicos, as agências reguladoras nada mais representam que uma consequência da reforma do Estado, para desempenhar uma função regulatória dentro de um sistema de garantias do cidadão, incorporando instrumentos jurídicos próprios da defesa dos consumidores para afastar práticas abusivas e garantir a eficiência dos serviços⁶⁷⁸.

Este sistema de proteção, em que estão incluídas as agências reguladoras, está baseado na adoção medidas de promoção social aplicadas ao modelo capitalista de mercado. A análise deve ser sistemática, tanto que o Código de Defesa do Consumidor dispõe de uma série de dispositivos para a implementação de uma ampla estrutura de proteção e defesa do consumidor.

Esta estrutura sistemática é composta por vários órgãos e por diversas normas de proteção, o que inclui as agências reguladoras, mesmo que não concebidas especificamente para esta finalidade. Embora, por circunstâncias políticas, sociais e econômicas, a concepção do sistema tenha sido fragmentada e segregada, não significa dizer as agências reguladoras somente tem a função de garantir a eficiência do sistema, sem sequer atender os consumidores em suas reivindicações.

Até mesmo porque garantir a eficiência do sistema significa, de maneira reflexa, produzir benefícios aos usuários/consumidores de serviços públicos. Não está se admitindo, porém, que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos seja absoluta. Mas tampouco que seja apenas subsidiária⁶⁷⁹.

É que a aplicação subsidiária significaria relegar as disposições do direito do consumidor a um plano acessório, secundário, ou seja, somente seriam aplicáveis caso as demais regras de proteção do usuário não sejam suficientes.

⁶⁷⁷ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*, p. 40.

⁶⁷⁸ REBÉ, Odilon. *A regulação no sistema de garantias do cidadão*.

⁶⁷⁹ Embora Marçal JUSTEN FILHO entenda que a aplicação do direito do consumidor aos serviços públicos seja subsidiária (*Serviço Público no Direito Brasileiro*, p. 160/161), seu entendimento é congruente com o aqui exposto.

Contudo, o Código de Defesa do Consumidor será aplicável aos serviços públicos naquilo que couber e não apenas quando outros sistemas de proteção do usuário não produzirem resultados.

Portanto, as disposições do Código de Defesa do Consumidor que estabelecem direitos aos consumidores compatíveis e possíveis de ser invocados na prestação de serviços público, poderão de imediato ser invocadas.

Por outro lado, quando as regras de proteção do direito do consumidor forem aplicáveis apenas aos casos de serviços prestados em regime de direito privado, não se aplicam aos serviços públicos⁶⁸⁰.

Desta forma, sempre que o direito do consumidor não coloque em risco o interesse coletivo na prestação dos serviços públicos, pode ser aplicável.

Assim, o usuário/consumidor pode, com base no Código de Defesa do Consumidor, reivindicar que o serviço público seja prestado na forma como definida pelo regime de direito público (qualidade, eficiência, tarifa adequada e universalidade).

Outro argumento é de que o consumidor não pode invocar o direito consumerista para obter benefícios individuais, já que a prestação de serviços público visa satisfazer o interesse coletivo.

Ocorre que, por força deste argumento, cada vez mais e mais usuários/consumidores podem ter suas reivindicações legítimas não atendidas, formando um ciclo vicioso, que acaba por retirar a necessária eficiência dos serviços públicos.

Há que se destacar que, invariavelmente, os objetivos do Código de Defesa do Consumidor coadunam com a própria definição de serviço público, que visa garantir aos usuários/consumidores uma prestação eficiente, mediante tarifas adequadas e que atenda aos interesses individuais e coletivos de obter a satisfação de uma necessidade vinculada a um direito fundamental⁶⁸¹.

⁶⁸⁰ É o caso das sanções do Código de Defesa do Consumidor que prevêm a possibilidade de interdição do estabelecimento do fornecedor e interrupção de suas atividades, não aplicável, portanto, aos serviços públicos, que devem ser contínuos. Salvo se a situação for de tamanha gravidade que possa causar prejuízos à coletividade, mas isto acaba por se enquadrar até mesmo na proteção do interesse público.

⁶⁸¹ Baseada na definição de Marçal JUSTEN FILHO em suas inúmeras obras.

A atuação das agências reguladoras ocorre na esfera administrativa, editando normas e exigindo comportamentos para solucionar conflitos na relação entre poder concedente, concessionários e usuários/consumidores, mas que não exclui a possibilidade de apreciação da questão pelo Poder Judiciário.

De todo modo, as agências reguladoras, desde que inseridas no sistema constitucional de regulação, não podem olvidar dos princípios da ordem econômica, que contemplam, além de outras garantias, a defesa do consumidor no moldes acima delimitados.

Cabe destacar, ainda, que no Brasil, embora não tenha sido elaborada a lei de defesa dos usuários de serviços públicos, tal como previsto pelo artigo 27 da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, outras medidas tem sido tomadas em relação à defesa do consumidor no âmbito das agências⁶⁸².

7.4. As principais agências reguladoras brasileiras

Criada pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL foi a primeira agência reguladora criada no Brasil⁶⁸³, para desempenhar a função de regular e controlar o mercado de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica no país.

⁶⁸² É o caso da criação do Conselho de Consumidores previsto no artigo 13 da Lei nº 8.631/1993 que determina que o “*concessionário de serviço público de distribuição de energia elétrica criará no âmbito de sua área de concessão, Conselho de Consumidores, de caráter consultivo, composto por igual número de representantes das principais classes tarifárias, voltado para orientação, análise e avaliação das questões ligadas ao fornecimento, tarifas e adequidade [sic] dos serviços prestados ao consumidor final*”. Através da Resolução nº 138/2000, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL estabeleceu as condições gerais para a formação, funcionamento e especialização dos Conselhos de Consumidores de Energia Elétrica. Segundo Alketa PECI e Bianor Scelza CAVALCANTI, a “(...) *medida [representação dos consumidores] foi muito bem recebida pelos órgãos reguladores estaduais que a vêem como uma forma de estreitar as relações com o consumidor*” (*A Outra Face da Regulação: o Cidadão-Usuário de Serviços Públicos no Novo Modelo Regulatório Brasileiro*, p. 19).

⁶⁸³ Embora anteriormente outros órgãos com competência regulatória já existissem no Brasil, tal como o Banco Central do Brasil – BACEN o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e a Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Mas com a denominação específica de agência reguladora, a ANEEL foi a pioneira.

Após, foi criada a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que tem suas atribuições voltadas sobre os serviços de telecomunicações, exercendo diversas competências, que vão desde a implementação da política nacional de telecomunicações até a regulação de tarifas.

Instituída pela Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997⁶⁸⁴, a Agência Nacional do Petróleo – ANP tem a função de regular, disciplinar e fiscalizar as atividades e operações do mercado de petróleo, exercido em monopólio estatal pela União⁶⁸⁵.

Pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, foi criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, com a função de exercer o controle sanitário sobre as atividades sujeitas a esta modalidade de fiscalização, inclusive em portos, aeroporto e fronteiras, em relação às questões sanitárias internacionais.

Para controlar e fiscalizar os serviços de saúde suplementar foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, vinculada ao Ministério da Saúde, que ainda exerce a função de regular as relações entre as operadoras de planos de saúde e similares e seus usuários.

Vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, foi criada pela Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Agência Nacional de Águas – ANA, com a função de disciplinar a utilização de recursos hídricos, principalmente para evitar problemas de racionamento decorrentes dos períodos de estiagem e para evitar a poluição das bacias hidrográficas.

A Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, que foi criada pela Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, tem como atribuição regular atividades portuárias e de serviços de transporte aquaviário, estando vinculada ao Ministério dos Transportes, que define as políticas do setor.

Criada pela mesma Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT tem a função de regular o transporte ferroviário e rodoviário, inclusive sobre a concessão destes serviços, bem como sobre outras modalidades de transportes terrestres.

⁶⁸⁴ Regulamentada pelo Decreto nº 2.455, de 14 de janeiro de 1998.

⁶⁸⁵ Este é um exemplo de que a regulação também se destina ao poder público.

Com a função de regular e incentivar a indústria cinematográfica, foi criada a Agência Nacional de Cinema – ACINE pela Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001.

Ainda no âmbito federal, a mais recente é a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC⁶⁸⁶, criada pela Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, que está vinculada ao Ministério da Defesa, tendo a competência de regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária.

Existem, ainda, diversas agências reguladoras e outras entidades com competências regulatórias criadas pelos Estados e Municípios brasileiros.

⁶⁸⁶ Que substituiu o Departamento de Aviação Civil – DAC.

8. REPONSABILIDADE DO ESTADO PELO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE REGULATÓRIA

No âmbito jurídico, a responsabilidade significa o dever que alguém tem de reparar o dano decorrente de um evento que interfira na esfera de bens ou interesses juridicamente tutelados de outrem.

Houve um tempo, na época dos Estados absolutistas, em que o monarca era isento de responsabilidade no exercício do poder soberano. Como o rei praticamente correspondia ao próprio Estado, tinha-se que havia total irresponsabilidade estatal.

Com o surgimento dos primeiros Estados de Direito, esta teoria da irresponsabilidade estatal começou a ser abandonada, sendo que num primeiro momento a responsabilidade era atribuída diretamente aos agentes públicos.

Verificaram-se, então, inúmeras teorias da responsabilidade, desde aquelas civilistas em que a culpa é elemento fundamental, variando para uma responsabilidade de direito público, que exige a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta e o dano, e, ainda, o que se chamou de teoria do risco integral, em que o Estado seria responsável por todos os danos decorrentes da atividade administrativa⁶⁸⁷.

Esta evolução da responsabilidade do Estado é muito bem sintetizada por Luiz Alberto BLANCHET:

“Não foi por obra da legislação espontaneamente que o Estado passou a ser patrimonialmente responsável pelos efeitos de atos e fatos a ele imputáveis. A responsabilidade patrimonial do Estado evoluiu pouco a pouco juntamente com a evolução da complexidade social; é uma criação jurisprudencial (obra do Conselho de Estado francês), o que vem explicar o seu caráter lógico, pois se desenvolveu

⁶⁸⁷ Sobre a responsabilidade do Estado, Juarez FREITAS entende que se deve aplicar o princípio da proporcionalidade, para não se admitir o Estado como segurador universal, nem tampouco para que o Estado seja isento de responsabilidade (*O Estado, a responsabilidade e o princípio da proporcionalidade*, p. 187).

embasada em teorias que afloraram à medida que o reconhecimento da responsabilidade do Estado, em cada situação empírica específica, embora até então insólita, revela-se inafastável.”⁶⁸⁸

No Brasil, a responsabilidade do Estado adotou, primeiramente, o regime civil, até mesmo porque as Constituições de 1824 e 1891 não continham dispositivos sobre o tema, muito embora fosse admitida a responsabilidade de agentes públicos por ação ou omissão abusiva e arbitrária no exercício da função administrativa.

Atualmente, a responsabilidade do Estado no ordenamento jurídico brasileiro observa o regime constitucional, previsto no § 6º, do artigo 37 da Constituição da República^{689 e 690}.

A República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito⁶⁹¹, razão pela qual a atuação estatal está submetida à ordem jurídica, sendo a administração pública responsável por eventuais danos causados a terceiros.

A responsabilidade do Estado não é o mesmo que responsabilidade administrativa. A responsabilidade administrativa corresponde ao dever que os agentes públicos têm de observar as normas para o exercício de suas funções que, porém, não afasta eventual responsabilidade civil ou penal.

Já a responsabilidade do Estado representa o dever, a obrigação de reparar os danos causados a terceiros, em decorrência da atuação dos agentes públicos no exercício de suas funções.

Assim, a responsabilidade do Estado verifica-se quando há a ocorrência de efetivo dano e a pertinência lógica entra a conduta do agente público e o prejuízo sofrido.

⁶⁸⁸ *Curso de Direito Administrativo*, p. 186.

⁶⁸⁹ “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

⁶⁹⁰ Para comparar, transcreva-se o teor do artigo 28 da Constituição italiana: “Os funcionários do Estado e dos entes públicos são diretamente responsáveis, segundo as leis penais, civis e administrativas, pelos atos realizados em violação ao direito. Em tais casos, a responsabilidade civil se estende ao Estado e aos Entes Públicos” (cf. Paolo BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, p. 345).

⁶⁹¹ Artigo 1º, *caput* da Constituição da República.

Desta forma, para que seja caracterizada a responsabilidade do Estado, é necessário que haja uma conduta lesiva (comissiva ou omissiva) por parte do agente público e a ocorrência de efetivo dano. Embora não seja necessária a demonstração de culpa ou dolo⁶⁹² por parte do agente público, é necessário demonstrar que houve pertinência lógica entre a conduta lesiva e o dano sofrido.

A atividade regulatória do Estado, por representar o exercício de função administrativa, pode render ensejo, portanto, a responsabilização pelos danos que venham a ser sofridos por terceiros.

Através da regulação, o Estado atua de inúmeras formas sobre o domínio privado, pois a atividade regulatória se manifesta de diversas maneiras, operando os mais variados efeitos sobre os particulares. Ocorre que estes efeitos podem produzir resultados danosos, seja em razão de uma atuação comissiva ou omissiva do Estado no exercício da atividade regulatória⁶⁹³.

A responsabilidade do Estado por omissão em exercer sua competência regulatória, ocorre quando há a necessidade de regulação estatal de determinado setor social ou econômico que, uma vez não realizada, venha a produzir danos.

Assim, quando o Estado deveria regular determinada situação e não o fez, haverá responsabilidade estatal, se disso decorrerem danos comprovados e desde que sejam conseqüências desta omissão.

Seria o caso, por exemplo, de um serviço público concedido e prestado em regime de monopólio natural, em que o concessionário promova um reajuste abusivo da tarifa, sem que o Estado exerça sua competência regulatória para determinar a adequação do valor, e acabará causando prejuízos aos usuários. Ou se o Estado autoriza um aumento superior ao que seria devido.

Não se pode, contudo, responsabilizar o Estado caso a tarifa esteja sendo mantida por força de decisão judicial, pois não haveria pertinência lógica entre a atuação estatal e o dano⁶⁹⁴.

⁶⁹² A verificação de culpa ou dolo na conduta do agente tem importância para fins de direito de regresso do Estado contra o agente.

⁶⁹³ Através das estruturas administrativas tradicionais ou através das agências reguladoras.

⁶⁹⁴ Embora nesta situação pode-se, eventualmente e dependendo das peculiaridades do caso, haver responsabilização do Estado por erro judiciário, mas que se trata de outra questão.

O mesmo poderia ocorrer em relação aos serviços públicos prestados em regime de competição, quando o poder concedente ou a agência reguladora competente autorizem um reajuste das tarifas, mas os concessionários formam um cartel para estipular um valor único. Se o Estado, não promover medidas no sentido de impedir esta situação de abuso, omitindo-se, portanto de exercer a regulação necessária, haverá responsabilização.

O mesmo ocorre quando o Estado deixa de regular a concorrência de determinadas atividades econômicas de um setor de produção em que a disputa não é espontaneamente equilibrada, prejudicando os demais concorrentes e os consumidores.

A responsabilidade do Estado por omissão no exercício da atividade regulatória pode, ainda, ocorrer quando, sem justificativa, deixe de dirimir algum conflito decorrente de setores regulados, sendo que, caso a demora cause danos comprovados, haverá a responsabilidade do Estado.

Tudo isso é consequência da atribuição constitucional que o Estado tem por ser o agente normativo e regulador da atividade econômica⁶⁹⁵, nos termos do *caput* do artigo 174 da Constituição da República, devendo exercer sua função fiscalizadora.

Aliás, pelo referido dispositivo constitucional, cabe, igualmente, ao Estado, a função de incentivo e planejamento. Através desta atuação, o Estado oferece benefícios para determinadas atividades consideradas de interesse, incentivando ou desestimulando alguns comportamentos.

Caso os agentes econômicos adotem as posturas incentivadas, efetuando gastos e investimentos para atender aos termos da política a ser implementada, mas o Estado não cumpre ou modifica a proposta inicial, restará caracterizada a hipótese de responsabilidade estatal pelos danos sofridos^{696 e 697}.

⁶⁹⁵ Cuidou-se nesse capítulo com mais destaque da responsabilidade decorrente da regulação econômica, mas a responsabilidade do Estado também pode decorrer dos danos causados pela regulação social.

⁶⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Omissões na atividade regulatória do Estado e responsabilidade das agências reguladoras*, p. 265. A autora ainda complementa que “[e]mbora não existisse norma que expressamente contivesse o compromisso, o princípio da boa-fé, a que se submete a Administração Pública, torna inaceitável o seu descumprimento, acarretando a responsabilidade civil por omissão” (p. 265).

Por outro lado, os atos regulatórios comissivos podem ser os mais variados possíveis e que acarretaram na responsabilidade do Estado. Ao exercer sua competência regulatória de forma comissiva, o Estado poderá impor, de maneira coercitiva, determinadas regras aos agentes privados.

É o caso da fixação de preços, que implica, num primeiro momento, em violação ao princípio da livre iniciativa e que, em segundo lugar, pode estar em desacordo com a atividade econômica em questão, ficando abaixo dos custos, causando prejuízos⁶⁹⁸. O mesmo pode ocorrer quando o Estado ou agência reguladora de determinado serviço público, autoriza um reajuste de tarifa superior ao permitido no contrato de concessão.

O Estado também pode ocasionar prejuízos, quando, através do órgão competente, autoriza uma operação em determinado setor regulado (v.g. fusão ou incorporação de sociedades), que acaba ocasionando uma situação de abuso de posição dominante, em que apenas um agente econômico acaba por dominar um mercado com a aquiescência estatal, com danos aos concorrentes.

A responsabilidade do Estado por atos comissivo da atividade regulatória não se limita a sua função de disciplinar os setores regulados. O exercício das competências regulatórias de fiscalização quando forem abusivas e danosas, também ensejam a responsabilidade do Estado.

Assim, se o Estado limita a livre iniciativa dos setores que não precisam desta regulação específica, haverá responsabilidade. Pode ocorrer, também, que o Estado, no exercício do poder regulatório, imponha medidas indevidas ao exercício da atividade regulada que esteja sendo regularmente desempenhada, por exemplo, com a interdição do estabelecimento, causando danos ao particular⁶⁹⁹.

⁶⁹⁷ Existem entendimentos de que quando se tratar de medidas indicativas, não haveria a responsabilidade estatal, pois seriam meras orientações.

⁶⁹⁸ O Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento do recurso extraordinário nº 422.941/DF, em que foi relator o Ministro Carlos Velloso, entendeu que há o dever do Estado em indenizar a parte prejudicada pela fixação de preços em valores inferiores. Isto também ocorreu no Superior Tribunal de Justiça – STJ, quando do julgamento do recurso especial nº 744.077/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em que se reconheceu “(...) o *nexo de causalidade entre a ação estatal, de fixar os preços dos produtos comercializados pelo setor sucro-alcooleiro em níveis abaixo do custo de produção, e o prejuízo angariado pela recorrida, fixa-se a responsabilidade objetiva do Estado de indenizar*”. Em sentido contrário, cite-se o recurso especial nº 79.937/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi.

⁶⁹⁹ REALE JÚNIOR, Miguel; LEITE, Fábio Barbalho. *A Regulação dos Bingos de 1941 a fevereiro de 2003: Estudo do Caso-Problema*, p. 201.

Assim, medidas regulatórias, omissivas ou comissivas, que não estejam em congruência com a ordem jurídica, causando efetivos prejuízos em decorrência da regulação estatal, haverá a responsabilidade do Estado em reparar os danos.

9. CONCLUSÕES

A atividade regulatória é uma consequência da modificação do próprio conceito de Estado, que sofreu uma reestruturação institucional, com uma sensível diminuição da máquina estatal. Ao Estado, restaram as funções exclusivas e essenciais que não podem ser delegadas, ao passo que à iniciativa privada coube a exploração das demais atividades. Mas o Estado ainda possui a capacidade de ordenar e controlar alguns setores da sociedade e da economia.

A regulação é uma atividade administrativa incidente sobre atividades que exigem do Estado disciplina específica, com a finalidade de obter determinados resultados estabelecidos por políticas públicas, o que pode ocorrer através do exercício de competências normativas ou através de outros meios.

Assim, a atividade regulatória do Estado representa a ordenação estatal dos setores de interesse público, através da aplicação de normas para reprimir condutas, podendo, ainda, verificar-se através da adoção de medidas para promover comportamentos desejados, além de solucionar conflitos.

A atividade regulatória representa um avanço em relação à forma em que a administração pública exercia suas funções, em especial quanto à incidência sobre a ordem social e econômica, cuja dinâmica exige uma atuação estatal ágil e eficiente.

Até mesmo porque o modelo de regulação independente ideal deve se afastar das conveniências político-partidárias, vez que se orienta por critérios técnicos sobre os setores regulados, extirpando da atuação administrativa subjetivismos voltados para atender interesses individuais em detrimento do interesse público.

Mesmo assim, a regulação deve ser limitada e controlada pelos mesmos meios e instrumentos da atividade administrativa tradicional. Mas ainda que

existam limites e controles, ainda assim a atividade regulatória do Estado pode apresentar falhas decorrentes do risco regulatório, como é a questão da captura.

Por isso é que o aumento da autonomia na regulação por meio de entidades independentes deve, necessariamente, ser precedida da instituição de formas eficientes de controle, mas que não comprometam as características próprias da atividade regulatória.

Este é um dos desafios que se apresenta, ou seja, controlar um poder (poder regulatório) cujo exercício tende a ser o mais desvinculado possível, mas sem desbordar para a ilegalidade. Mesmo porque não se pode simplesmente, em prol de uma eventual ampliação da eficiência administrativa, suprimir limites e controles.

A adoção do modelo de regulação independente deve estar adequada à realidade jurídica de cada ordenamento. Do contrário, aumenta-se a possibilidade de ocorrerem efeitos negativos, como a utilização da atividade regulatória para afastar limites e eximir-se dos controles existentes.

Definitivamente, a proposta regulatória não pode avançar no sentido deste caminho perigoso. A atividade regulatória está sujeita aos ditames constitucionais e tem como finalidade promover valores fundamentais, não podendo servir de atalho para burlar o ordenamento jurídico.

A função reguladora pode incidir sobre os mais variados segmentos, principalmente quanto à ordem econômica, social e serviços públicos prestados em regime de concessão.

A regulação econômica tem como foco zelar pela concorrência nas atividades econômicas exploradas pelos particulares sem, contudo, impedir a livre iniciativa, de modo a estimular e incentivar a competição, impedindo abusos que possam significar em dominação de mercados, em prejuízo dos demais concorrentes e consumidores.

Já na regulação social, a finalidade é garantir que a coletividade possa ter acesso a condições que sejam essenciais para garantir a existência digna das pessoas. A regulação social guarda estreita relação com a regulação econômica, vez que os benefícios do equilíbrio econômico são percebidos e usufruídos por toda a coletividade.

E quanto à regulação dos serviços públicos, o Estado se preocupa em manter a qualidade, continuidade e eficiência das utilidades prestadas em monopólio natural ou em regime de competição, bem como busca preservar a adequação das tarifas, garantir o equilíbrio dos contratos e harmonizar as relações entre usuários, prestadores e poder concedente.

O que se percebe é que o Estado tem optado pela criação de estruturas administrativas próprias para desenvolver a atividade regulatória, que são as agências reguladoras independentes, muito embora a regulação possa ser exercida por meio de outras entidades administrativas, sendo que algumas existiam.

As agências reguladoras devem se orientar por critérios técnicos, como forma de estabilizar os setores regulados, sem que fiquem sujeitos a alterações repentinas e pautadas por conveniências momentâneas e subjetivas, o que acaba, inclusive, por afastar investimentos.

Para manter e garantir esta atuação de fiscalização e disciplina técnica, as agências reguladoras foram concebidas como autarquias em regime especial, o que lhes garante a possibilidade de exercer suas competências de forma autônoma e independente, mas observando os limites legais estando, ainda, sujeitas às formas de controle estabelecidas.

Através destas competências, as agências reguladoras buscam garantir a concorrência, reprimindo abusos e a concentração de mercados, e também disciplinam e fiscalizam a prestação de serviços públicos, permitindo, desta forma, maior previsibilidade e segurança dos setores regulados.

Ocorre que a atividade regulatória do Estado, acaba por representar em um aumento das atribuições e competências do Poder Executivo, o que pode levar à adoção de medidas autoritárias. A atividade regulatória é um meio de obter a realização de valores constitucionais fundamentais, sem que as necessidades sociais sejam pretexto para aumentar o poder de dominação como se fosse um Estado totalitário.

A atividade regulatória não pode ser utilizada indiscriminadamente e de forma inconstitucional, sob pena de ocorrer um fortalecimento despropositado e desproporcional do Estado, principalmente do Poder Executivo, o que dá margem para o surgimento de medidas autoritárias disfarçadas de regulação.

Embora seja um modelo, o Estado Regulador não é uma estrutura totalmente sistematizada, pronta e acabada. É um modelo que está em construção, mas que não é genérico e que, assim, não pode simplesmente ser aplicado indiscriminadamente.

Tanto que a regulação não é uma função apartada, pelo contrário, está inserida no bojo da Constituição da República como um todo, devendo observar o contexto das finalidades constitucionais. Não se pode priorizar isoladamente apenas a eficiência econômica ou apenas as políticas sociais, porque destas ordens decorrem direitos que são conexos e necessários para o desenvolvimento sócio-econômico conjugado.

Portanto, é que a atividade regulatória, enquanto uma função administrativa de controle, disciplina, fiscalização e decisão, deve ser uma forma pela qual o Estado busque satisfazer as necessidades fundamentais e relevantes da coletividade, concretizando os valores constitucionais, para assegurar existência digna à pessoa humana, aliando desenvolvimento econômico com avanço social, além de aprimorar as relações de outras áreas.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Resolução nº 138 de 10 de maio de 2000. Estabelece as condições gerais para a formação, funcionamento e especialização dos Conselhos de Consumidores de Energia Elétrica. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 mai. 2000. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/RES2000138.PDF>>. Acesso em: 14 nov. 2006.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Considerações sobre a “Regulação” no Direito Positivo Brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 12, p. 69-94, out.-dez. 2005.

ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. O Estado Brasileiro Contemporâneo. In: OLIVEIRA PEREIRA, Cláudia Fernanda (Org.). *O Novo Direito Administrativo Brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 113-149.

ALSINA, Landelino Lavilla. Derechos fundamentales, Estado y Sociedad (2). In: Pina, Antonio López (Dir.). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid: Editorial Civitas, 1991. p. 26-39.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Serviços Públicos e Concorrência. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 02, p. 59-123, abr.-mai.-jun. 2003.

_____. As Boas Práticas da Indústria do Petróleo como o Eixo da Regulação do Setor. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 07, p. 9-27, jul.-set. 2004.

_____. O Marco Regulatório dos Serviços Públicos. *Interesse Público – IP*, n. 27, p. 72-90, set.-out. 2004.

_____. Atividades Privadas Regulamentadas: Autorização Administrativa, Poder de Polícia e Regulação. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 10, p. 9-48, abr.-jun. 2005.

ARANHA, Márcio Iorio. Agências: sua Introdução no Modelo Jurídico-Administrativo Brasileiro. ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. O Estado Brasileiro Contemporâneo. In: OLIVEIRA PEREIRA, Cláudia Fernanda (Org.). *O Novo Direito Administrativo Brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 165-180.

ARAÚJO, Edmir Netto. A Aparente Autonomia das Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 39-58.

BACACORZO, Gustavo. *Derecho Administrativo del Peru*. tomo I. Lima: Cultural Cuzco, 1992.

BAGANHA, José Tomás. A Regulação na Aviação Civil em Portugal, no Quadro da União Europeia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 03, p. 117-129, jul.-set. 2003.

BALTHAZAR, Ezequiel Antonio Ribeiro. A legalidade no Estado democrático de direito: necessidade de razoabilidade e de proporcionalidade das leis. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 61-107.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BAPTISTA, Jaime Melo; PÁSSARO, Dulce Álvaro; SANTOS, Rui Ferreira. O Modelo de Regulação das Águas e Resíduos em Portugal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 03, p. 103-115, jul.-set. 2003.

BARBOSA, Ana Paula Costa. *A Legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARILE, Paolo. *Diritti dell'uomo e liberta fondamentali*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1984.

BARRA, Rodolfo Carlos. *Principios de derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1980.

BARROSO, Luis Roberto. *Intervenção do Estado no Domínio Econômico*. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo, Ano XII, n. 4 de abril de 1996.

_____. Apontamentos Sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 109-131.

_____. *Temas de Direito Constitucional*. tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p 159-193.

_____. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 59-71.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1989.

BERTHÉLEMY, H. *Droit Administratif*. 9 ed. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1920.

BIELSA, Rafael. *Estúdios de Derecho Público: Derecho Administrativo, Fiscal y Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1962.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 1. ed. 5. reimp. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: atualizada até a Emenda Constitucional nº 48 de 10-8-2005. 37. ed. at. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2005.

_____. Lei nº 4.137 de 10 de setembro de 1962. Regula a repressão ao abuso do poder econômico. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1962. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 14 nov. 2006.

_____. Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 jul. 1965. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 14 nov. 2006.

_____. Lei nº 5.250 de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 fev. 1967. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 02 nov. 2006.

_____. Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 02 nov. 2006.

_____. Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 14 nov. 2006.

_____. Lei nº 8.031 de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 abr. 1990. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 14 nov. 2006.

_____. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do*

Brasil, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 14 nov. 2006.

_____. Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributaria, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providencias. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 14 nov. 2006.

_____. Lei nº 8.631 de 4 de março de 1993. Dispõe sobre a fixação dos níveis das tarifas para o serviço público de energia elétrica, extingue o regime de remuneração garantida e dá outras providencias. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 mar. 1993. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 14 nov. 2006.

_____. Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providencias. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 jun. 1994. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 14 nov. 2006.

_____. Lei nº 8.987 de 13 de dezembro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providencias. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 dez. 1995. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 14 nov. 2006.

_____. Lei nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 dez. 1996. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 05 out. 2006.

_____. Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional 8, de 1995. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 jul. 1997. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 05 out. 2006.

_____. Lei nº 9.478 de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 ago. 1997. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 05 out. 2006.

_____. Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 fev. 1998. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 14 nov. 2006.

_____. Lei nº 9.782 de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 jan. 1999. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 05 out. 2006.

_____. Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 29 jan. 2000. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 05 out. 2006.

_____. Lei nº 9.984 de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas – ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de Coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 jul. 2000. Disponível em:

<<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 05 out. 2006.

_____. Lei nº 10.233 de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providencias. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 6 jun. 2001. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 05 out. 2006.

_____. Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providencias. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jul. 2001. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 05 out. 2006.

_____. Medida Provisória nº 2.228-1 de 6 de setembro de 2001. Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema – ANCINE, institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional – PRODECINE, autoriza a criação de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional – FUNCINES, altera a legislação sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providencias. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 set. 2001. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 05 out. 2006.

_____. Proposta de Emenda à Constituição nº 81 de 31 de outubro de 2003. Acrescenta o artigo 174-A à Constituição Federal para fixar os princípios da atividade regulatória. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, 1º nov. 2003. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=63526>. Acesso em: 25 set. 2006.

_____. Lei nº 11.182 de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providencias. *Diário Oficial da República*

Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 set. 2005. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 05 out. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 422.941/DF. Constitucional. Econômico. Intervenção estatal na economia: regulamentação e regulação de setores econômicos: normas de intervenção. Liberdade de iniciativa. CF, art. 1º, IV; art. 170. CF, art. 37, § 6º. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 24 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 18 dez. 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 744.077/DF. Processual Civil. Administrativo. Fixação pelo Poder Executivo dos preços dos produtos derivados da cana-de-açúcar. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 9 nov. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=744077&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 18 dez. 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 79.937/DF. Direito Econômico. Intervenção do Estado no domínio econômico. Tabelamento. Preço único. Setor sucro-alcooleiro. Congelamento de preços. Planos econômicos. IAA - Instituto do Alcool e do Açúcar. Apuração de custo de produção pela FGV - Fundação Getúlio Vargas. Indenização pleiteada por prejuízo ocasionado por política de fixação de preços em desacordo com os critérios do art. 9º da Lei n.º 4.870/65. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 10 set. 2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=79937&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 18 dez. 2006.

BRITO, Mariano R.; DELPIAZZO, Carlos E. *Derecho Administrativo de la Regulación Económica*. Montevideo: [s.n], 1998.

BRUNA, Sérgio Varella. *Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. São Paulo: RT, 2003.

CAIELLA, Pascual. Regulación de Los Servicios Públicos y Concurrencia. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C*, n. 12, p. 113-139, abr.-jun. 2003.

CÂMARA, Jacinto Arruda. O Regime Tarifário como Instrumento de Políticas Públicas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 12, p. 95-127, out.-dez. 2005.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Agências de Regulação no ordenamento jurídico-econômico brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2000.

CANASI, José. *Derecho Administrativo*. vol. I. Buenos Aires: Depalma, 1972.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. ref. e aum. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido: Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado*. Tradução Gresielia Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Desregulação e reforma do Estado no Brasil: impacto sobre a prestação de serviços públicos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 157-175.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. rev., ampl. e at. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La huelga en los servicios esenciales*. Buenos Aires: Cuadernos Cívitas, 1993.

_____. *Derecho Administrativo*. 5. ed. at. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

_____. *Estudios de Derecho Público*. Buenos Aires: Depalma, 1995.

CASSESE, Sabino. Las nuevas tendencias del Derecho Administrativo. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). *Derecho Administrativo: Obra colectiva en homenaje al Professor Miguel S. Marienhoff*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 185-192.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CASTRO, Nivalde J.; BUENO, Daniel. *As Agências Reguladoras no Brasil: Propostas para novo modelo*. Disponível em: <<http://www.provedor.nuca.ie.ufrj.br/eletrobras/artigos/castro11.htm>>. Acesso em: 18 out. 2005.

CITARA, Rubén M. El concepto de servicio público ante las cambiantes circunstancias del mundo actual (Uma mirada a la transformación del Derecho Administrativo en nuestros días). In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). *Derecho Administrativo: Obra colectiva en homenaje al Professor Miguel S. Marienhoff*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 737-746.

COGLIOLO, Pietro. *Philosophia do Direito Privado*. Tradução Eduardo Espindola. Bahia: Empreza Editora, 1898.

COIMBRA, Márcio Chalegre. *Ensaio – Direito regulatório brasileiro*. Disponível em: <http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=1508&>. Acesso em: 4 ago. 2006.

COLE, George Douglas Howard. Que é socialismo? In: CRESPIGNY, Anthony de; CRONI, Jeremy. *Ideologias Políticas*. Tradução Sérgio Duarte. 2. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. p. 69-88.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE AUTO-REGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Quem somos. Missão*. Disponível em: <<http://www.conar.org.br>>. Acesso em: 15 nov. 2006.

COSTA COELHO, Paulo Magalhães. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2004.

COSSALTER, Phillipe. A “Private Finance Initiative”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 06, p. 127-180, abr.-jun. 2004.

CRETILLA JR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. Abuso de Posição Dominante no Direito de Concorrência Brasileiro. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 29-52.

CUESTA, Rafael Entrena. Alcance del principio de subsidiariedad en la legislación española. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). *Derecho Administrativo: Obra colectiva en homenaje al Professor Miguel S. Marienhoff*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 223-239.

DUARTE, Fernanda, et al. *Os Direitos à Honra e à Imagem pelo Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. Limites da função reguladoras das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 27-60.

_____. Regulação, Poder Estatal e Controle Social. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 11, p. 163-172, jul.-set. 2005.

_____. Omissões na Atividade Regulatória do Estado e Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 249-267.

DONATI, Donato. *Principii Generali di Diritto Amministrativo e Scienza Dell'Amministrazione*. 3. ed. Padova: Cedam, 1932.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Instituições de Direito Público e Privado*. 8. ed. São Paulo: Nelpa Edições Jurídicas, 1998.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 6. ed. at. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997.

DUTRA, Pedro. *Livre Concorrência e Regulação de Mercados: Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Agências Reguladoras: Reforma ou Extinção? *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 03, p. 187-197, jul.-set. 2003.

DWORKIN, Ronald. *Liberalismo, Constitución y Democracia*. Tradução para o espanhol de Julio Montero e Alfredo Stolarz. Buenos Aires: Isla Luna, 2003.

EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*. 2. ed. rev. e at. Curitiba: Juruá, 2004.

ENTERRÍA, Eduardo García de. Sobre la doctrina norteamericana de la deferencia judicial hacia el Ejecutivo. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). *Derecho Administrativo: Obra colectiva en homenaje al Professor Miguel S. Marienhoff*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 1271-1296.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Tradução Arnaldo Setti. São Paulo: RT, 1991.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. at. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIA, Werter R. *Constituição Econômica: Liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1990.

FERNANDES, Marcela Campos Gomes. As Agências Reguladoras no Contexto do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA PEREIRA, Cláudia Fernanda (Org.). *O Novo Direito Administrativo Brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 181-204.

FERRAZ, Sergio. Regulação da Economia e Livre Concorrência: uma hipótese. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 01, p. 201-213, jan.-mar. 2003.

_____. Intervenção do Estado no Domínio Econômico Geral: Anotações. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo: Estudo em homenagem ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 327-338.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Abuso de Poder Econômico por Prática de Licidade Duvidosa Amparada Judicialmente. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 01, p. 215-225, jan.-mar. 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 08, p. 197-227, out.-dez. 2004.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. vol. 6. São Paulo: Saraiva, 1992.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. A Regulação como expressão do poder normativo governamental. In: CUNHA, Sérgio Sérulo; GRAU, Eros Roberto (Orgs.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 352-370.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. vol. 2. Campinas: Julex Livros, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Reforma do Estado: O Papel das Agências Reguladoras e Fiscalizadoras. In: MORAES, Alexandre (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 133-144.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Intervenção do Estado no Domínio Econômico e Breves Considerações sobre as Agências Reguladoras. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 02, p. 257-271, abr.-mai.-jun. 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. *As Agências Reguladoras: O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa*. São Paulo: Malheiros, 2005.

FIORINI, Bartolome A. *Manual de Derecho Administrativo: segunda parte*. Buenos Aires: La Ley, 1968.

FONTES, André. Regulação e Petróleo. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 08, p. 143-169, out.-dez. 2004.

FRADE, Catarina; MARQUES, Maria Manuel Leitão. Risco e Segurança Alimentar: da (In)Segurança da Escassez à (In)Segurança da Abundância. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 07, p. 73-93, jul.-set. 2004.

FRANGI, Marc. *Constitution et Droit Prive: les droits individuels et les droits économiques*. Paris: Economica, 1999.

FREITAS, Juarez. O Estado, a responsabilidade extracontratual e o princípio da proporcionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 179-196..

FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito Administrativo e Meio Ambiente*. 3. ed. rev. e ampl., Curitiba: Juruá, 2001.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Definição do Direito da Regulação Econômica. Tradução Thales Morais da Costa. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 09, p. 207-217, jan.-mar. 2005.

_____. Os Novos Campos da Regulação. Tradução Thales Morais da Costa. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 10, p. 191-204, abr.-jun. 2005.

_____. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 10, p. 87-125, abr.-jun. 2005.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado*. Barueri: Manole, 2003.

GARCIA, Flávio Amaral. A Remuneração nas Concessões de Rodovias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 05, p. 44-60, jan.-mar. 2004.

GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 7. ed. Saint Paul: West Group, 1999.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências Reguladoras: A “Metamorfose” do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado). In: BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 21-58.

GORDILLO, Agustín. *Después de la Reforma del Estado*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1996.

_____. *Tratado de Derecho Administrativo*. 2. ed., tomo 2. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

GRAU, Eros Roberto. O discurso neoliberal e a Teoria da Regulação. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional: Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995. p. 59-75.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *A ordem econômica da Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 10. ed. rev. e at. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA, Glauco Martins. Agências reguladoras no Brasil: princípio da legalidade e regulação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 323-357.

GUERRA, Sérgio. *Introdução ao Direito das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2004.

_____. Discricionariedade na Regulação por Entidades Estatais Independentes. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 06, p. 203-223, abr.-jun. 2004.

_____. *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HAYEK, Friedrich August. Os princípios de uma ordem social liberal. In: CRESPIGNY, Anthony de; CRONI, Jeremy. *Ideologias Políticas*. Tradução Sérgio Duarte. 2. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. p. 47-63.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição: Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

HERRING, E. Pendleton. *Public Administration and the Public Interest*. New York: McGraw-Hill Book Company Inc., 1936.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. rev. e ampl., 7. imp. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1993.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Privatização avança com problemas para o consumidor*. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/consumidora/arquivo/jul00/jul0002.htm>>. Acesso em: 17 out. 2006.

INSTITUTO FERNANDO HENRIQUE CARDOSO. *Palestra do Ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso no ato de sua posse na Academia Internacional de Direito e Economia*. Disponível em: <http://www.ifhc.org.br/a_2003-08-18.htm>. Acesso em: 11 abr. 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos: (Comentários às Leis nos 8.987 e 9.074, de 1995)*. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Agências Reguladoras e Democracia: Existe um *Déficit* Democrático na “Regulação Independente”? *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 02, p. 273-301, abr.-mai.-jun. 2003.

_____. Serviço Público no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 07, p. 143-169, jul.-set. 2004.

_____. O Direito Regulatório. In: GUIMARÃES, Edgar. *Cenários do Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 349-380.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.

KLOSS, Eduardo Soto. La primacia de la persona humana, principio fundamental del Derecho Público Chileno. In: INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Estúdios Jurídicos em Memória de Alberto Ramon Real*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996. p. 507-518.

KRAUSE, Eduardo B. *Agências de Regulação: Conceito, legislação e prática no Brasil*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 2001.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

LASSARE, Bruno. *L'Autorité de régulation des télécommunications (ART)*. Disponível em: <<http://www.lex-electronica.org/articles/v4-1/lasserre.html>>. Acesso em: 15 set. 2006.

LAUBADERE, André de. *Direito Público Económico*. Tradução Maria Teresa Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1985.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Económico*. 3. ed. rev. e at. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MACEDO, Sílvio de. Princípio. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 60, p. 504/505. São Paulo: Saraiva, 1977.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A Proteção dos Usuários de Serviços Públicos – A Perspectiva do Direito do Consumidor. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 239-254.

MARQUES, Maria Leitão. Oportunidade Desperdiçada. In: MARQUES, Maria Leitão; MOREIRA, Vital. *A Mão Visível: Mercado e Regulação*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 203-206.

MARQUES, Maria Leitão; MOREIRA, Vital. Economia de Mercado e Regulação. In: MARQUES, Maria Leitão; MOREIRA, Vital. *A Mão Visível: Mercado e Regulação*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 13-15.

MARQUES, Maria Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; MATOS, André. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 09, p. 187-205, jan.-mar. 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 72-98.

_____. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 01, p. 67-93, jan.-mar. 2003.

MASSONETTO, Luís Fernando. (Des)regulação: em busca do senso perdido. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 125-136.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Autonomia Descisória, Discricionariedade Administrativa e Legitimidade da Função Reguladora do Estado no Debate Jurídico Brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 12, p. 169-195, out.-dez. 2005.

MEDAUER, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 7. ed. rev. e at. São Paulo: RT, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. at. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 99-139.

MENEM, Carlos; DROMI, Roberto. *El Estado Hoy: Integración – Participación – Solidaridad*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002.

MICHELMAN, Frank I. A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal. Tradução Fabiano Holz Beserra e Airton Nedel. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 131-155.

MIR, Luís. *Guerra Civil: Estado e Trauma*. São Paulo: Geração Editorial, 2004.

MODERNE, Franck. El concepto de servicio público frente al desafío de la Unión Europea. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). *Derecho Administrativo: Obra colectiva en homenaje al Professor Miguel S. Marienhoff*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 809-822.

MONTERO, Mariella Saettone. Marco Normativo de la Protección del Medio Ambiente em nuestro Derecho Positivo. In: INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Estudios Jurídicos em Memória de Alberto Ramon Real*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996. p. 479-491.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 53-98.

_____. Anotações sobre a História do Direito Econômico Brasileiro (Parte I: 1930-1956). *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 06, p. 67-96, abr.-jun. 2004.

_____. Anotações sobre a História do Direito Econômico Brasileiro (Parte II: 1956-1964). *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 11, p. 121-143, jul.-set. 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann; SOARES JÚNIOR, Lauro Antonio Nogueira. Regulação Econômica e Democracia: a Questão das Agências Administrativas Independentes. In: BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 177-199.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo (Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática)*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOREIRA, Vital. *A auto-regulação profissional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

_____. Agências Reguladoras Independentes em xeque no Brasil. In: MARQUES, Maria Leitão; MOREIRA, Vital. *A Mão Visível: Mercado e Regulação*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 227-229.

_____. A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 05, p. 103-159, jan.-mar. 2004.

MOREIRA, Vital; FORTE, André Matos. Por uma Regulação ao Serviço da Economia e Mercado e do Interesse Público: a “Declaração de Condeixa”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 01, p. 249-259, jan.-mar. 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Direito Regulatório: A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O Novo Papel do Estado na Economia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 11, p. 99-120, jul.-set. 2005.

_____. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOTA, Carolina Theodoro da Silva. Regulação e desregulação: uma discussão sobre o equilíbrio entre mercado e coletividade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 177-196.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. Barueri: Manole, 2003.

_____. A Regulação como Instituto Jurídico (Primeira parte). *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 04, p. 183-209, out.-dez. 2003.

_____. A Regulação como Instituto Jurídico (Segunda parte). *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 05, p. 69-79, jan.-mar. 2004.

MUKAI, Toshio. *Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Coord. Juarez de Oliveira)*. São Paulo: Saraiva, 1991.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *A Ordem Econômica e Financeira e a nova Constituição (arts. 170 a 192)*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

NEIRA, César Carlos. *Entes Reguladores de Servicios: La defensa del usuario*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

NERY FERRARI, Regina Maria Macedo. A Defesa e a Proteção do Meio Ambiente no Contexto da Federação Brasileira. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo: Estudo em homenagem ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 267-295.

NOGUEIRA, Liz Coli Cabral. A consideração econômica no direito tributário. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa (Dir.). *Estudos Tributários em homenagem à memória de Rubens Gomes de Sousa*. São Paulo: Resenha Tributária, 1974. p. 351-384.

NUDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 3. ed. rev. e at. São Paulo: RT, 2001.

NUNES, Edson. Agências Regulatórias: Gênese, Contexto, Perspectivas e Controle. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 02, p. 161-220, abr.-mai.-jun. 2003.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *Direito Administrativo: Origens, Perspectivas e Outros Temas*. Curitiba: Juruá, 2003.

OTERO, Paulo. Origem da Intervenção Econômica do Estado em Portugal: Notas para uma História do Direito Público da Economia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 04, p. 169-182, out.-dez. 2003.

PECI, Alketa; CAVALCANTI, Bianor Scelza. A Outra Face da Regulação: o Cidadão-Usuário de Serviços Públicos no Novo Modelo Regulatório Brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 03, p. 9-31, jul.-set. 2003.

PEREIRA, Helena B. C. *Michaelis: pequeno dicionário espanhol-português português-espanhol*. São Paulo: Melhoramentos, 1992.

PÉREZ, Diogo Selhane. Auto-regulação: aspectos gerais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 607-624.

PINA, Antonio López. Derechos fundamentales, Estado y Sociedad (1). In: Pina, Antonio López (Dir.). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid: Editorial Civitas, 1991. p. 19-26.

PINHEIRO DE ALBUQUERQUE, Iara Maria. Responsabilidade do Estado Interventor. In: *Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p 268-279.

PINTO FALCÃO, Alcino. *Comentários à Constituição*. vol. 1. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1990.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PORTO, Manuel. Serviços Públicos e Regulação em Portugal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 03, p. 161-186, jul.-set. 2003.

_____. Abertura ao Mercado e Regulação: uma Primeira Avaliação da Experiência Portuguesa nos Sectores da Energia, das Comunicações e dos Transportes. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 10, p. 169-189, abr.-jun. 2005.

QUEIROZ, Pedro Aurélio. Regulação Concorrencial dos Organismos Geneticamente Modificados. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 09, p. 219-236, jan.-mar. 2005.

RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. A Justificação e os Limites da Regulação da Saúde Suplementar. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 12, p. 51-68, out.-dez. 2005.

RAMOS, Flávia de Araújo. *Considerações sobre a concepção de um “Estado Regulador”*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4456>>. Acesso em: 11 abr. 2006.

RANELLETTI, Oreste. *Ordinamento Amministrativo dello Stato italiano*. 6. ed. Padova: Cedam, 1937.

REALE JÚNIOR, Miguel; LEITE, Fábio Barbalho. A Regulação dos Bingos de 1941 a fevereiro de 2003: Estudo de Caso-Problema. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 07, p. 171-206, jul.-set. 2004.

RÊGO, Werson Franco Pereira; RÊGO, Oswaldo Luiz Franco. O Código de Defesa do Consumidor e o Direito Econômico. In: ANDRADE, André Gustavo Corrêa. *A Constitucionalização do Direito: A Constituição como locus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 537-551

REGULAÇÃO. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 64, p. 351. São Paulo: Saraiva, 1977.

REPÚBLICA FRANCESA. *La régulation des services publics*. Disponível em: <http://www.vie-publique.fr/dossier_polpublic/regulation_sp/chrono.shtml>. Acesso em: 7 nov. 2006.

REVIDATTI, Gustavo Adolfo. *Derecho Administrativo*. tomo I. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1984.

RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado: (1954-1955)*. Tradução Odete Medauer. São Paulo: [s.n.], 1984.

ROCHA, Regina Bernardes. Órgãos reguladores no Brasil. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 237-255.

RODRIGUES, Walton Alencar. O Controle da Regulação no Brasil. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, vol. 241, p. 39-52, jul.-set. 2005.

RODRIGUES CAL, Arianne Brito. *As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Tradução Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: Editora UnB, 1997.

RUSSEL, Bertrand. *Principios de Reconstrucción Social*. Tradução do inglês de E. Torralva Beci. Madrid: Calpe, 1921.

SALEMI, Giovanni. *Corso di Diritto Amministrativo*. Padova: Cedam, 1936.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 29-64.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares e a Boa-Fé Objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. rev. at. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARRIA, Eustorgio; BARRAGAN, Mauricio Sarria. *Derecho Administrativo Colombiano: General y Especial*. 9. ed. Bogotá: Colecion Pequeno Foro, 1984.

SCAFF, Fernando Facury. A Constituição Econômica Brasileira em Seus 15 Anos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 03, p. 67-101, jul.-set. 2003.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A Regulação dos Serviços Públicos como Instrumento para o Desenvolvimento. *Interesse Público – IP*, n. 30, p. 77-97, mar.-abr. 2005.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito Constitucional Econômico: Estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2000.

SILVA, Américo Luís Martins da. *Introdução ao Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVEIRA, Raquel Dias da. Os Processos Privatizadores nos Estados Unidos, Europa e América Latina: Tentativa de Compreensão do Fenômeno das Privatizações como Política Econômica do Modelo Neoliberal no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 07, p. 207-224, jul.-set. 2004.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 2. ed. rev., at., e ampl., São Paulo: Saraiva, 2003.

SOARES, Claudia Dias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 10, p. 87-125, abr.-jun. 2005.

SOUSA, Boaventura de Santos. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STIGLER, George J. A Teoria da Regulação Econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 23-48.

STUCHI, Carolina Gabas. Regulação e desregulação diante dos princípios da administração pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 109-124.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 17-38.

_____. A Regulação de Preços e Tarifas dos Serviços de Telecomunicações. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 317-328.

SUNSTEIN, Cass R. As Funções das Normas Reguladoras. Tradução Vera Scarpinella. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 03, p. 33-65, jul.-set. 2003.

UNIVERSIDADE DE CHICAGO. *Game Theory and the Law: Baird, Gertner and Picker*. Disponível em: <<http://picker.uchicago.edu/agtl/gtlIntro.html>>. Acesso em: 7 out. 2006.

USLENGHI, Alejandro Juan. Planificación urbana y responsabilidad estatal. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). *Derecho Administrativo: Obra colectiva en homenaje al Professor Miguel S. Marienhoff*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 503-562.

VAZQUÉZ, J. Ramón Parada. Administraciones Independientes y Estado Regulador. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p 129-157.

VIDIGAL, Geraldo. *Teoria Geral do Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1977.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: Uma Leitura da Jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

VILLELA SOUTO, Marco Juruena. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Direito Administrativo da Economia*. 3. ed. rev. ampl. e at. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Direito Administrativo em Debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Audiência Pública e Regulação. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 04, p. 145-167, out.-dez. 2003.

_____. A Regulação da Apresentação de Produtos Derivados de Tabaco. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 08, p. 171-186, out.-dez. 2004.

ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.